

Heinz Goldenbaum

Die gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen
für Wohnungsunternehmen (Bauträger und Baubetreuer)

Diss. Bremen

1985



Heinz Goldenbaum

Die gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen für Wohnungsunternehmen (Bauträger und Baubetreuer)

Diese Arbeit hat dem Promotionsausschuß Dr. jur. der Universität Bremen als Dissertation unter dem Titel "Die gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen für Wohnungsunternehmen (Bauträger und Bau betreuer)" vorgelegen. An dem Promotionsverfahren haben Prof. Dr. Gerd Winter (Bremen) und Prof. Dr. Peter Derleder (Bremen) als Gutachter mitgewirkt. Das Kolloquium hat am 7. Februar 1985 stattgefunden.

	Seite
Einleitung	
1 Ausgangspunkt	1
2 Expertenbefragung	2
3 Überblick über die Darstellung	3
 1. Teil	
Bedeutung und Einordnung der gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen und die Mittel der Gewerbeüberwachung	5
1 Bedeutung	5
1.1 Die Ausgangslage auf dem Immobilienmarkt gegen Ende der sechziger Jahre und die hierauf erfolgten Reaktionen ..	5
1.2 Die Interessenlagen der Auftraggeber, der Wohnungsunternehmen sowie der Subunternehmer	8
1.2.1 Die Interessenlage der Auftraggeber	8
1.2.2 Die Interessenlage der Wohnungsunternehmen	9
1.2.3 Die Interessenlage der Subunternehmer	11
2 Rechtssystematische Einordnung	13
3 Die Mittel der Gewerbeüberwachung	15
3.1 Die formalen Mittel der Gewerbeüberwachung	15
3.2 Die materiellen Maßstäbe der Gewerbeüberwachung, insbesondere die Zuverlässigkeit	18
4 Gewerberechtliche Charakterisierung von Wohnungsunternehmen (Bauträger und Baubetreuer)	21
4.1 Bestimmungsfaktoren der gewerblichen Tätigkeit	21
4.2 Bauherr (Bauträger)	21
4.3 Baubetreuer	23

2. Teil

Prüfungspflichtiger Personenkreis	25
1 Ausgangspunkt des § 34c GewO und der MaBV	25
1.1 Bauträger (Bauherr)	26
1.2 Baubetreuer	26
1.3 General(bau)unternehmer und Generalübernehmer	26
2 Gestaltungsarten von Wohnungsunternehmen, den Anwendungsbe- reich von § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a und b GewO und da- mit der MaBV zu umgehen, und ihre rechtliche Würdigung	29
2.1 Die Vorabüberweisung des Baugrundstücks	29
2.1.1 Rechtliche Konstruktion	29
2.1.2 Vermögensrisiken des Auftraggebers bei der Vorab- überweisung	30
2.1.3 Prüfermeinungen	32
2.1.4 Stellungnahme	35
2.1.4.1 Qualifikation des vorabüberweisenden Ge- werbetreibenden	36
2.1.4.2 Anwendbarkeit von § 2 oder § 3 MaBV	48
2.2 Der sog. "Konzernatbestand"	51
2.2.1 Rechtliche Konstruktion	51
2.2.2 Vermögensrisiken für den Auftraggeber durch den sog. "Konzernatbestand"	53
2.2.3 Prüfermeinungen	54
2.2.4 Stellungnahme	56
2.3 Das Bauherrenmodell	57
2.3.1 Rechtliche Konstruktion	57
2.3.2 Der "Bauherr" beim Bauherrenmodell	61
2.3.2.1 Vermögensrisiken für den "Bauherrn"	61
2.3.2.2 Prüfermeinungen	62
2.3.2.3 Stellungnahme	64
2.3.3 Betreuer und Treuhänder beim Bauherrenmodell	76
2.3.3.1 Vermögensrisiken für den Bauherrn	77
2.3.3.2 Prüfermeinungen	78
2.3.3.3 Stellungnahme	81

3. Teil

Inhalt der Prüfung	95
1 Begriffserklärung, Prüfungsauftrag und Prüfer	95
1.1 Die Prüfung gem. § 16 MaBV	95
1.1.1 Die jährliche Prüfung	95
1.1.2 Die außerordentliche Prüfung	96
1.2 Der Prüfungsauftrag und die geeigneten Prüfer	97
1.2.1 Prüfungsauftrag	97
1.2.2 Geeignete Prüfer gem. § 16 Abs. 3 MaBV	97
1.3 Rechte und Pflichten der an der Prüfung Beteiligten	98
1.3.1 Die Anwendbarkeit aktienrechtlicher Vorschriften ..	98
1.3.2 Pflichten des Gewerbetreibenden	99
1.3.3 Pflichten des Prüfers	100
1.4 Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfungs- pflichtigen	102
2 Gegenstand der Prüfung	103
2.1 Der private und der hoheitliche Bereich	103
2.2 Sicherung von Vermögenswerten der Auftraggeber	105
2.2.1 Direkte Sicherung	105
2.2.2 Indirekte Sicherung	107
3 Prüfungsdurchführung	109
3.1 Der Informationsprozeß	109
3.1.1 Art der getätigten Geschäfte	109
3.1.2 Verwendungsmöglichkeit des betrieblichen Rech- nungswesens	110
3.2 Die eigentliche Prüfung	111
3.2.1 Soll/Ist-Vergleich	111
3.2.2 Prüfungsintensität und Prüfungsumfang	112
3.3 Spezifisch gewerberechtliche Prüfungsprobleme	112
3.3.1 Die Effizienz der Stichprobenprüfung	112
3.3.1.1 Sicherstellung des Auftraggeberschutzes ..	112
3.3.1.2 Prüfermeinungen	113
3.3.1.3 Stellungnahme	116

	Seite
3.3.2 Die Wirksamkeit der Prüfung im Hinblick auf § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV (objektbezogene Mittelverwendung)	121
3.3.2.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers	121
3.3.2.2 Prüfermeinungen	123
3.3.2.3 Stellungnahme	127
4 Feststellungen der Prüfung	141
4.1 Echte Rechtsverstöße	141
4.1.1 Die Termine des § 3 Abs. 2 MaBV	141
4.1.1.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers	142
4.1.1.2 Prüfermeinungen	144
4.1.1.3 Stellungnahme	147
4.1.2 Gewinnentnahme und Verwaltungskosten	157
4.1.2.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers	157
4.1.2.2 Prüfermeinungen	158
4.1.2.3 Stellungnahme	160
4.2 Umgehungsversuche (Grauzone)	168
4.2.1 Der Zeitpunkt der Anwendung der MaBV	169
4.2.1.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers	169
4.2.1.2 Prüfermeinungen	170
4.2.1.3 Stellungnahme	170
4.2.2 Das Erhalten bzw. Verwenden von Vermögenswerten des Auftraggebers	172
4.2.2.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers	173
4.2.2.2 Prüfermeinungen	174
4.2.2.3 Stellungnahme	175
4.2.3 Der sog. "steckengebliebene Bau"	182
4.2.3.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers	183
4.2.3.2 Prüfermeinungen	184
4.2.3.3 Stellungnahme	186
5 Rechtswirksamkeit und Rechtsfolgen von vertraglichen Abweichungen von den Vorschriften der MaBV	191
5.1 Rechtswirksamkeit von der MaBV abweichender vertraglicher Vereinbarungen (§ 12 MaBV)	191

	Seite
5.2 Rechtsfolgen von Verstößen des Bauträgers/Baubetreuers gegen die Vorschriften der MaBV	194
5.2.1 Anwendbarkeit des § 139 BGB	194
5.2.2 Weitere Rechte des Auftraggebers	196
6 Die Prüfungsberichterstattung	201
6.1 Der Inhalt des Prüfungsberichtes und des Vermerks	201
6.2 Die Feststellung der Verstöße	203
6.2.1 Sicherstellung des Auftraggeberschutzes	204
6.2.2 Prüfermeinungen	205
6.2.3 Stellungnahme	208
6.3 Die Berichtsempfänger	214
6.3.1 Der Informationsbedarf	214
6.3.2 Funktionen des Prüfungsberichtes	215

	Seite
4. Teil	
Vollzug durch die Verwaltung	217
1 Einführung	217
2 Rechtsgrundlagen, Aufgabeninhalt und Instrumente	221
2.1 Rechtsgrundlagen	221
2.2 Aufgabeninhalt	222
2.3 Instrumente	223
2.3.1 Instrument der Erlaubnis	223
2.3.2 Instrumente der Überwachung	224
2.3.3 Sanktionsinstrumente	224
3 Aufgabenerfüllung	227
3.1 Das Erlaubnisverfahren	228
3.2 Die Überwachung	230
3.2.1 Sicherstellung der Abgabe des Prüfungsberichtes	230
3.2.2 Überwachung durch die nach § 16 Abs. 1 MaBV vor- gesehene Prüfung	233
3.3 Die Sanktionierung	237
3.3.1 Sanktionsmaßnahmen zur Sicherstellung der Abgabe des Prüfungsberichtes	237
3.3.2 Die Sanktionierung von Verstößen gegen Pflichten aus der MaBV	241
3.3.3 Die Rücknahme der Erlaubnis gem. § 53 Abs. 2 GewO	245
Schluß	249
Anmerkungen	257
Fragenkatalog	279

Literaturverzeichnis

- Achterberg** Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg, 1982
- Adler/Düring/Schmaltz** Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl., Stuttgart, 1983
- Badura** Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, in: Ingo v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Frankfurt/Main, 1972
- Beck/Munkert** Ein Vergleich des Bauherrenmodells mit dem klassischen Erwerb vom Bauträger, Beilage 27 zu DB 1983
- Brambring** AGB-Gesetz und Gewährleistung im Bauträgervertrag, NJW 1978, 777
- Brandt** Baubetreuung - Anwendungsbereich und Grenzen der Verordnung zur Durchführung des § 34c GewO, BauR 1976, 21
- Braun** Schwachstellen der Makler- und Bauträgerverordnung und ihrer Anwendung, BB 1979, 1432
- Brych** Kann und wird die gem. § 34c GewO zu erlassende Rechtsverordnung den Kaufbewerber schützen?, FWW 1973, 401
- Verträge mit Bauträgern, NJW 1974, 1973
- Der "Treuhand" des Bauherrenmodells, DB 1980, 531

Auf dem Weg zum Bauträger-Modell, BB 1983,
737

- Bull** Allgemeines Verwaltungsrecht, Königstein,
1982
- Canaris** Die Feststellung von Lücken im Gesetz,
1964
- Crezelius** Anmerkung zu dem Urteil des LG Arnsberg
vom 19.12.1977, NJW 1978, 2158
- Derlien** Implementationsprobleme: Bürokratische In-
effizienz oder politische Programmfehler?,
VerwA 1984, 256
- Deschler** Bauträgermodell und Bauherrenmodell als
unterschiedliche Formen der Investition in
Immobilien, DB 1983, 2491
- Dieckmann** Schwierigkeiten mit der Erfolgskontrolle
in der öffentlichen Verwaltung, DöV 1980,
737
- Dornfeld** Bauherrenmodell contra Bauträgermodell,
Beilage 27 zu DB 1983
- Engisch** Einführung in das juristische Denken,
7. Aufl., Stuttgart, 1977
- Elze** Lücken im Gesetz, 1916
- Fleischmann** Der neue Bauherren-Erlaß, Beilage 9 zu DB
1981

Flume	Richter und Recht, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Band 2
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., München, 1973
Fröhler/Kormann	Kommentar zur Gewerbeordnung, 1. Aufl., Heidelberg, 1978
Fuhr	Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblatt- sammlung, Neuwied
Gläser	Kauf vom Bauträger, NJW 1975, 1006
Görlich	Der Bauherrenbegriff - ein "steuerliches" Tatbestandsmerkmal ohne Gesetzesgrundlage, BB 1981, 1451
Grunsky	Schutz des Verkäufers bei Grundstückskauf- verträgen, JuS 1971, 177
Halbe	Nochmals: Makler- und Bauträgerverordnung und Bürgerliches Recht, NJW 1977, 1437
Hein	Bauherren- und Erwerbermodelle, StB 1980, 225
Hepp	Makler- und Bauträgerverordnung und Bür- gerliches Recht, NJW 1977, 617
v. Heymann	Rechtliche und wirtschaftliche Aspekte von Bauherren- und Ersterwerbermodellen, Bei- lage 12 zu BB 1980
Hillermeier	Freiheit und soziale Verantwortung im Ver- tragsrecht, BB 1976, 725

- Hofbauer** Gewerberechtliche Vorschriften für Wohnungsunternehmen, Immobilienmakler und Anlagenvermittler, Essen, 1980
- Die gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen für Wohnungsunternehmen (Bauträger und Baubetreuer), GewA 1977, 184
- Holzmann** Bauträgeruntreue und Strafrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981
- Jenkis** Die Doppelnatur der genossenschaftlichen und gemeinnützigkeitsrechtlichen Prüfungsverbände, BB 1982, 1702
- Kanzleiter** Die Bedeutung der Verordnung zur Durchführung des § 34c GewO für die notarielle Praxis, DNotZ 1974, 542
- Kellmann** Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 10.5.1979, NJW 1980, 401
- Klingsporn** Zur Formbedürftigkeit einseitiger Grundstückserwerbsverpflichtungen, DB 1971, 369
- Knief** Der Wirtschaftsprüfer im Spannungsfeld zwischen gesetzlichem Auftrag und öffentlicher Erwartung, BFuP 1976, 114
- Küffner/Hilkinge** Die Makler- und Bauträgerverordnung, Inf 1982, 448, 494
- Lach** Die Bedeutung der Makler- und Bauträgerverordnung beim Immobilienkauf, GewA 1976, 77

- Larenz** Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo, 1983
- Lange** Kriterien für die Wirksamkeit von Instrumenten und Programmen des Verwaltungshandelns, DöV 1981, 73
- Lièvre** § 34c der Gewerbeordnung und die sich daraus ergebenden Prüfungs- und Beratungsaufgaben, WPg 1975, 30
- Locher** Das private Baurecht, 2. Aufl., München, 1978
- Löwe** Verbesserter Käuferschutz beim Grundstückserwerb, NJW 1971, 729
- Nochmals: Zum Beurkundungszwang von Grundstückskaufanwärtterverträgen, JZ 1972, 157
- Marcks** Makler- und Bauträgerverordnung mit § 34c GewO und VwV § 34c, 3. Aufl., München, 1983
- Verordnung zur Durchführung des § 34c GewO, DNotZ 1974, 524
- Zum Begriff des Bauherrn im Sinne des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a GewO, GewA 1978, 119
- Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 26.1.1978, GewA 1978, 161

- Maser** Bauherrenmodelle im Spiegel der neueren Gesetzgebung und Rechtsprechung, NJW 1980, 961
- Mayer** Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, 1977
- Mayntz** Soziologie der öffentlichen Verwaltung, Heidelberg, Karlsruhe, 1978
zitiert: Mayntz, Soziologie
- Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, Stuttgart, 1978
zitiert: Mayntz, Vollzugsprobleme
- Mittelsteiner/Gehre** Kommentar zum Steuerberatungsgesetz, Bonn, 1973
- Münchener Kommentar** Bürgerliches Gesetzbuch, München, 1978
- Palandt** Bürgerliches Gesetzbuch, 43. Aufl., München, 1984
- Pohlmann** Fälligkeit nach der Bauträgerverordnung, BauR 1978, 351
- Pougin** Die Sozialverpflichtung des Wirtschaftsprüfers, BFuP 1976, 93
- Püttner** Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Düsseldorf, 1983
zitiert: Püttner, Allgemeines Verwaltungsrecht
- Verwaltungslehre, München, 1982
zitiert: Püttner, Verwaltungslehre

- Quast** Bauherren- und Bauträgermodell - Das Bauherrenmodell lebt, DB 1983, 1516
- Bauträgermodell und Bauherrenmodell als unterschiedliche Formen der Investitionen in Immobilien-Replik, DB 1983, 2548
- Rehbinder** Rechtssoziologie, Berlin, New York, 1977
- Reinelt** Rechtseinheit von Bauvertrag und Grundstückskauf, BB 1981, 706
- Reithmann/Brych/Manhart** Kauf vom Bauträger einschl. der Bauherrenmodelle, 4. Aufl., Köln, 1980
- Schimanke** Evaluierung, VerWA 1977, 361
- Schmidt, Holger** Schutzmaßnahmen gegen Mißstände auf dem Grundstücks-, Bau- und Kapitalmarkt, BB 1974, 1373
- Ist § 34c GewO und die dazugehörige Durchführungsverordnung rechtswirksam und praktikabel?, BB 1975, 203
- Wichtige Neuregelungen für Bauträger und Baubetreuer, BB 1975, 995
- Schmidt-Bleibtreu/Klein** Grundgesetz, 4. Aufl., Neuwied, Darmstadt, 1977
- Soergel/Siebert** Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1978



- Winkler** Die Formbedürftigkeit von Kaufanwärterverträgen über Grundstücke und Eigentumswohnungen, NJW 1971, 401
- Nochmals: Die Formbedürftigkeit von Kaufanwärterverträgen über Grundstücke und Eigentumswohnungen, NJW 1971, 1166
- Winter** Das Vollzugsdefizit im Wasserrecht, Berlin, 1975
- Witzke** Zur Schutzwirkung des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV bei Gewerbetreibenden, die Vermögenswerte nach § 3 Abs. 1 und 2 MaBV vom Auftraggeber entgegennehmen, WPg 1979, 97
- Wolf/Horn/Lindacher** Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München, 1984
- Wolff/Bachof** Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München, 1974
- Wollny** Bauherrenmodelle zur Errichtung von Eigentumswohnungen im Einkommensteuerrecht, Beilage 1 zu BB 1982
- Zippelius** Einführung in die juristische Methodenlehre, München, 1971
- Zitelmann** Lücken im Recht, 1903

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauO NW	Bauordnung des Landes Nordrhein-Westfalen
BauR	Baurecht
BayBauO	Bauordnung des Landes Bayern
BayGVBl	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVwVfG	Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz
BayVwZVG	Bayerisches Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz
BB	Der Betriebsberater
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMF	Bundesminister der Finanzen
BNotO	Bundesnotarverordnung
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Dr	Bundesrats-Drucksache
BStBl	Bundessteuerblatt

BT-Dr	Bundestags-Drucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DIN	Deutsche Industrie-Norm
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVO	Durchführungsverordnung
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EStDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	Et cetera
e.V.	eingetragener Verein
evtl.	eventuell
f.	folgende
ff.	folgende
FGO	Finanzgerichtsordnung
FN	Fachnachrichten des IDW e.V.
FWW	Die freie Wohnungswirtschaft
gem.	gemäß
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewA	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GewStDV	Gewerbsteuer-Durchführungsverordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
gl.A.	gleicher Ansicht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grds.	grundsätzlich
GVB1	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVB1 NW	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
HGB	Handelsgesetzbuch

h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
Inf	Die Information
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
lt.	laut
MaBV	Makler- und Bauträgerverordnung
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NW	Nordrhein-Westfalen
o.g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
rd.	rund
Rdz	Randziffer
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
s.	siehe
S.	Seite
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannt
StB	Der Steuerberater
StBerG	Steuerberatungsgesetz

StGB	Strafgesetzbuch
s.u.	siehe unten
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnlich
u.U.	unter Umständen
v.	vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerwA	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
v.H.	vom Hundert
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VwV	Verwaltungsvorschrift
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WFA	Wohnungswirtschaftlicher Fachausschuß des IDW
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz
WM	Wertpapiermitteilungen
WoBauG	Wohnungsbaugesetz
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
z.T.	zum Teil
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

Einleitung

1 Ausgangspunkt

Die Baubranche war Ende der Sechzigerjahre durch eine Reihe von schwerwiegenden Mißständen ins Gerede gekommen. Vor allem wirtschaftlich unerfahrene Bauwillige (Auftraggeber) , die eigengenutzten Wohnraum erstellen lassen wollten, waren durch unseriöse und z.T. auch kriminelle Geschäftspraktiken von Bauträgern, Baubetreuern und General(bau)unternehmern - im folgenden auch global als Wohnungsunternehmen bezeichnet - um ihre Ersparnisse gebracht worden. Der größte Problembereich war die schlüsselfertige Erstellung seriellen Wohnraums zu einem Festpreis, die die Auftraggeber zu Vorleistungen zwang, denen keine entsprechenden Sicherheiten gegenüber standen. Diese Vorleistungen wurden von Wohnungsunternehmen häufig nicht zur Durchführung des Bauvorhabens des Geldgebers verwendet, sondern - mangels ausreichender Kapitalausstattung - zur Fertigstellung eines fremden Bauvorhabens, zu deren Erstellung sie sich vorher bereits verpflichtet hatten. Das Bauvorhaben der Geldgeber wiederum wurde mit den Mitteln der Auftraggeber des nächsten Bauvorhabens finanziert. Dieses sog. "Schneeballsystem" warf solange keine Probleme auf, wie den Wohnungsunternehmen eine ausreichende Anzahl von Folgeaufträgen erteilt wurden und das Unternehmen florierete. Im Falle eines Konkurses des Wohnungsunternehmens aber waren die für das Bauvorhaben geleisteten Vorauszahlungen gewöhnlich verloren.

Der Gesetzgeber reagierte 1974 auf diese Entwicklung mit einer Ausweitung der gewerberechtlichen Erlaubnispflicht für Wohnungsunternehmen in § 34c GewO (Anm. 1) und 1975 mit der Einführung einer besonderen gewerberechtlichen Prüfungspflicht, die in der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) geregelt wurde (Anm. 2). Die Wohnungsunternehmen hatten sich demgemäß jährlich auf ihre Einhaltung der in der MaBV niedergelegten Pflichten durch geeignete Prüfer (z.B. Wirtschaftsprüfer) prüfen zu lassen und den Prüfungsbericht der zuständigen Behörde einzureichen.

Als Auslegungshilfe erließen die einzelnen Bundesländer die jeweils gleichlautende Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum § 34c GewO und zur MaBV (VwV § 34c GewO).

Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es, die für die Praxis der Wohnungsunternehmen und den Schutz der Auftraggeber wichtige Prüfung anhand der Erfahrungen von mit dieser Prüfung Beauftragten und von zuständigen Behörden auf die vom Gesetzgeber bzw. Verordnungsgeber beabsichtigten Wirkungen hin zu untersuchen. Dementsprechend behandelt diese Arbeit nicht alle theoretisch denkbaren Probleme, die diese Prüfung aufwerfen kann, sondern nur diejenigen, die sich aufgrund der Expertenbefragung in praxi als solche ergeben haben. Besondere Aufmerksamkeit galt dabei einem möglichen Vollzugsdefizit, denn die besten gesetzlichen Instrumentarien können ihren Zweck nur erfüllen, wenn auch ihr Vollzug gewährleistet ist.

2 Expertenbefragung

Da mit dem Vollzug der gewerberechtlichen Prüfung von Wohnungsunternehmen sowohl Prüfer als auch Behörden befaßt sind, wurden zur Vorbereitung einer Expertenbefragung zunächst auf den jeweiligen Adressatenkreis abgestellte Fragenkataloge erarbeitet. Im Laufe der im Dezember 1980 begonnenen Befragung stellte sich heraus, daß sich nur eine kleine Anzahl von Prüfern auf diese gewerberechtliche Prüfung spezialisiert hatte und davon aus Gründen von Verschwiegenheitsverpflichtungen gegenüber Mandanten auch nur wenige zu einem Gespräch bereit waren. Eine ähnliche Zurückhaltung bewiesen die angesprochenen Behörden.

Dennoch ist es gelungen, 11 Prüfer aus München, aus dem Nürnberger Raum, aus Köln, aus Aachen und aus Hamburg zu befragen und Auskünfte der zuständigen Behörden in Nürnberg, Köln und Hamburg zu erhalten. Die befragten Prüfer werden in alphabetischer Reihenfolge mit den Ziffern I bis XI bezeichnet. Die von den Prüfern X und XI zur Verfügung gestellten, neutralisierten 13 Prüfungsberichte werden mit den Buchstaben A, B, C usw. benannt. Zusätzlich wurden vier von

verschiedenen Notaren im Rheinland beurkundete Bauträgerverträge, (01) bis (04), ausgewertet.

3 Überblick über die Darstellung

Die Ergebnisse dieser Befragungen werden im folgenden eingebettet in die gesetzlichen und prüfungstheoretischen Gegebenheiten. Als Einstieg wird ein kurzer Überblick über die Bedeutung, Einordnung und Mittel der gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen vorangestellt.

Daran anschließend erscheint es notwendig, den prüfungspflichtigen Personenkreis vorzustellen. Da die Prüfungspflicht durch die von den Gewerbetreibenden tatsächlich ausgeübte Tätigkeit und nicht durch dessen Bezeichnung ausgelöst wird, kommt besondere Bedeutung der Darstellung der im Rahmen der Befragung evident gewordenen Umgehungsversuche potentieller Prüfungspflichtiger zu.

Die eigentliche Prüfung gem. § 16 MaBV enthält gemäß ihrer Ausgestaltung Probleme sowohl im Bereich der Prüfungsdurchführung wie auch im Bereich der durch die Prüfung aufgedeckten Verstöße, weshalb einige Begriffsklärungen der Darstellung der eigentlichen Prüfungsdurchführung vorangehen.

Der Schwerpunkt liegt jedoch in der Analyse der Feststellungen der mit der Prüfung Beauftragten und daran anschließend die Untersuchung des Vollzuges der Überwachung durch die Verwaltung, die gleichzeitig den Abschluß dieser Arbeit bildet.

1. Teil Bedeutung und Einordnung der gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen und die Mittel der Gewerbeüberwachung

1 Bedeutung

1.1 Die Ausgangslage auf dem Immobilienmarkt gegen Ende der sechziger Jahre und die hierauf erfolgten Reaktionen

Als gegen Ende der sechziger Jahre die Inflationsrate stark und ständig anstieg, waren weite Bevölkerungskreise bestrebt, ihre Vermögensmittel vor einem Verfall zu retten und sie in Immobilien anzulegen. Begünstigt durch das Angebot der schlüsselfertigen Erstellung von Wohnraum zu einem Festpreis durch ein einziges Unternehmen (Einholung der Baugenehmigung, Sicherung der Finanzierung, Durchführung des Bauvorhabens), entstand eine enorme Nachfrage auf dem Immobilienmarkt. Die Hoffnung auf schnelle und hohe Gewinne ließ viele Personen auf diesem Markt auftreten, denen es jedoch vielfach an den persönlichen Voraussetzungen und den erforderlichen Fachkenntnissen fehlte.

Wegen der immer stärkeren Nachfrage nach Baugrundstücken sahen sich viele Gewerbetreibende gezwungen, sich den schnellen Zugriff auf Grundstücke durch Barzahlung zu sichern, was schließlich nach Aufzehrung ihrer Eigenmittel zur Inanspruchnahme von Hochzinskrediten führte.

Vor diesem wirtschaftlichen Hintergrund entstand das sog. "Schneeballsystem". Hierbei verpflichtete sich ein Unternehmer, Bauvorhaben für die Auftraggeber A, B und C vorzubereiten und durchzuführen. Traten hierbei Finanzierungslücken auf, mußte der Unternehmer Vorauszahlungen des später gewonnenen Auftraggebers D zur Fertigstellung der Bauvorhaben von A, B und C verwenden. Reichten auch die Mittel von D nicht aus, war der Unternehmer gezwungen, weitere Auftraggeber E und F zu finden, mit deren Mittel er dann die Bauvorhaben

von D und ggf. auch noch von A, B und C fertigstellen mußte. Vermochte der Unternehmer keine neuen Auftraggeber zu gewinnen, konnten die Bauvorhaben von E und F steckenbleiben. Gingen dem Unternehmer zu diesem Zeitpunkt sämtliche Finanzierungsmittel aus, reichten seine etwa noch vorhandenen Mittel im Konkursfall nicht aus, um die später begonnenen Bauvorhaben von E und F zu beenden; die Auftraggeber E und F gingen völlig leer aus und hatten sogar ihre jahrelangen Ersparnisse verloren.

Aufgrund der das Angebot weit übersteigenden Nachfrage nach Häusern und Wohnungen besaß der Unternehmer eine starke Markt- und Machtstellung, die es ihm ermöglichte, mit Auftraggebern Verträge mit einseitig zu seinen Gunsten ausgestalteten Konditionen abschließen zu können (Anm. 3). Bis zum Beginn der siebziger Jahre wurden wegen der damals geltenden Fassung des § 313 Satz 1 BGB die Verträge mit alleiniger Erwerbsverpflichtung der Auftraggeber meist nicht notariell beurkundet (Anm. 4).

Nachdem der BGH die Beurkundungsbedürftigkeit verneint hatte (Anm. 5), wurde § 313 BGB durch Gesetz vom 30.5.1973 (Anm. 6) geändert und die notarielle Beurkundungspflicht auf die einseitige Erwerbsverpflichtung ausgedehnt. Doch die damit verbundene Belehrungspflicht des Notars konnte nicht alle Nachteile für Auftraggeber beseitigen. Denn selbst wenn eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Auftraggebers eingetragen wurde, war diese im Falle des Konkurses des Bauunternehmers wirtschaftlich wertlos, wenn das Bauvorhaben noch nicht begonnen worden war oder bedeutende Globalbelastungen im Rang vorgingen. Schließlich verhinderte die Mitwirkung eines Notars nicht die Vereinbarung von Ratenzahlungen, die sich nicht am Baufortschritt, sondern an einem bestimmten Terminplan orientierten (Anm. 7). Hatte ein Auftraggeber sogar Vorauszahlungen an den Unternehmer geleistet, bevor der notarielle Vertrag wirksam geworden war, und wurden die er-

forderlichen Genehmigungen, z.B. durch einen vollmachtlos vertretenen Vertragsbeteiligten oder nach § 19 Bundesbaugesetz, nicht erteilt, war der Auftraggeber nur auf schuldrechtliche Rückzahlungs- bzw. Schadensersatzansprüche gegen den Unternehmer verwiesen, deren wirtschaftlicher Wert jedoch in Anbetracht von dessen Vermögenssituation zumindest fraglich war.

Letztendlich konnten die Mißstände auf dem Immobiliensektor nicht befriedigend beseitigt werden, so daß sich der Gesetzgeber zur Vermögenssicherung der Auftraggeber aufgerufen fühlte und mit dem Erlaß von gewerberechtlichen Schutzvorschriften reagierte.

Durch den daraufhin erlassenen § 34c GewO soll der Zugang zum Bauträger- und Baubetreuergewerbe geregelt und zugleich sichergestellt werden, daß nur Personen das Gewerbe aufnehmen, die die geforderten Voraussetzungen erfüllen (Anm. 8). Die Bestimmung tritt somit in ihrer Wirkung vor § 35 GewO, demzufolge eine bereits ausgeübte gewerbliche Tätigkeit bei Unzuverlässigkeit ganz oder teilweise untersagt werden kann, wenn dies zum Schutze der Allgemeinheit und/oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.

Die durch die MaBV den Wohnungsunternehmen auferlegten besonderen Verpflichtungen sollen einmal den Verbraucher durch bessere Information und Sicherung seines Vermögens schützen, andererseits auch eine behördliche Überwachung der Zuverlässigkeit des Unternehmens ermöglichen.

Die den Bestimmungen zugrunde liegenden Ziele sind demnach (Anm. 9):

- Schutz der Allgemeinheit durch Kontrolle volkswirtschaftlich bedeutender Märkte, Vermeidung der Fehllenkung von Ressourcen und Sicherung des Vertrauens wei-

ter Bevölkerungskreise in die Wirtschaftsordnung durch Verhinderung von Mißständen derartigen Ursprungs,

- Schutz der Verbraucher (Auftraggeber) durch Eingriffe in unternehmerisches Handeln.

Die Verfolgung dieser Ziele bewirkt zudem, daß die lauterer Mitglieder der betroffenen Berufsgruppen vor unseriösen und damit branchenfeindlichen Personen geschützt werden.

1.2 Die Interessenlagen der Auftraggeber, der Wohnungsunternehmen sowie der Subunternehmer

Ausgehend von der Darstellung im vorherigen Abschnitt lassen sich die unterschiedlichen Interessenlagen von Auftraggebern, Wohnungsunternehmen (Bauträger und Baubetreuer) und Subunternehmern herauskristallisieren.

1.2.1 Die Interessenlage der Auftraggeber

In erster Linie gilt das Interesse des Auftraggebers der Durchführung des Bauvorhabens und dem Eigentumserwerb der Wohnung bzw. des Hauses zu einem möglichst günstigen Festpreis. Die einem Bauträger von ihm zur Verfügung gestellten Vermögensmittel sollen ausschließlich seinem Bauvorhaben zugute kommen, wobei sie während der Bauphase dem Wertzuwachs am Grundstück entsprechen sollen. Bereits vor Leistung der ersten Zahlung begehrt er eine weitgehend gesicherte Rechtsposition, die sich durch Wirksamkeit des notariell beurkundeten Vertrages, durch Beantragung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten an schützender Rangstelle, durch die Lastenfreistellung des Grundstückes bzw. eine in der Kaufpreishöhe berücksichtigte Übernahme von Grundpfandrechten, durch Vorliegen einer bereits erteilten Baugenehmigung sowie ggf. durch Stellung einer ausreichenden Sicherheit durch das Wohnungsunternehmenn erreichen läßt.

Führt der Auftraggeber das Bauvorhaben mit einem von ihm bevollmächtigten Baubetreuer durch, hat er natürlicherweise kein Interesse an einer doppelten Inanspruchnahme, weil die Forderungen der Subunternehmer gegenüber dem Auftraggeber noch nicht erloschen sind, wenn der Baubetreuer in Vermögensverfall gerät und an ihn geleistete Zahlungen nicht an die Subunternehmer weitergeleitet hat.

Schließlich ist der Auftraggeber an einem detaillierten und für ihn verständlichen Vertragswerk interessiert, weil nur dann für ihn eine befriedigende Kontrollmöglichkeit besteht. So möchte er auch Klarheit darüber haben, welche Zahlungen er wann zu erbringen hat, inwieweit und gegen wen ihm Gewährleistungsansprüche zustehen etc.

Die vorstehend geschilderten Interessen verfolgt nicht nur der Auftraggeber, der später sein Haus bzw. seine Wohnung selbst bewohnen möchte, sondern grundsätzlich auch der Auftraggeber als Kapitalanleger im Rahmen eines Bauherrenmodells. Der kapitalanlegende Auftraggeber ist darüber hinaus aber noch bestrebt, steuerlich als Bauherr wegen der damit verbundenen Steuervorteile anerkannt zu werden, obwohl sich seine Tätigkeit fast nur auf die rechtzeitige Erbringung von Zahlungen reduziert und sein Ziel vielfach allein in dem Erwerb einer "fertigen" Immobilie besteht.

1.2.2 Die Interessenlage der Wohnungsunternehmen

Das Interesse der Bauträger und Baubetreuer ist vordringlich darauf gerichtet, Markt- und Wettbewerbsfähigkeit zu besitzen und eine möglichst große Zahl von Bauvorhaben durchzuführen, um optimale Umsätze und Gewinne zu erzielen. Ökonomische Probleme treten bei dieser Gruppe auf, wenn sie z.B. ein Grundstück erworben, aber noch keinen Auftraggeber für ein Bauvorhaben gefunden haben, oder wenn sie Bauleistungen erbringen ließen und vergütet haben, die Zahlungen oder Auf-

traggeber jedoch noch nicht einfordern können. Letztere Liquiditätsschwierigkeiten beruhen darauf, daß die Forderungen der Bauträger nicht vor bestimmten Baufortschrittsterminen (§ 3 Abs. 2 MaBV) fällig werden, die Bauträger sich aber andererseits den Forderungen der Subunternehmer ausgesetzt sehen, die nach der regelmäßig vereinbarten VOB Teil B kurz aufeinanderfolgende, von den oben genannten Baufortschrittsterminen grundsätzlich abweichende Abschlagszahlungen darstellen. In diesen Situationen können bei ihnen Finanzierungslücken auftreten, wenn ihre Barmittel verbraucht sind und die Kreditlinie überschritten ist. Ihr Ziel muß es daher sein, einen schnellen "Umschlag" ihrer Leistungen zu bewirken und gleichzeitig mit möglichst geringen Eigenkosten belastet zu sein.

Die Eigenkosten bestehen aus variablen und fixen Kosten. Die variablen Kosten setzen sich z.B. aus Kreditzinsen für auf Vorrat gekaufte Grundstücke, Provisions- bzw. Prämienzahlungen für zu stellende Bürgschaften bzw. Versicherungen etc. zusammen und sind i.d.R. in der Erfüllung von Aufträgen begründet. Die fixen Kosten beziehen sich auf laufende Kosten, z.B. Geschäftsraummieta, Verwaltungskosten und Angestelltengehälter.

Die Einhaltung der MaBV legt den Gewerbetreibenden erhebliche Belastungen auf, z.B. für getrennte Vermögensverwaltung, gesonderte Buchführung usw. Je nach Marktverhältnissen können die Versicherungsprämien 1,5 % bis 2 % pro Jahr des abzusichernden Betrages, eine Bürgschaft bis zu 3 %, ausmachen, wobei diese Kosten regelmäßig auf den Auftraggeber abgewälzt werden (Anm. 10). Der Gesetzgeber sah diese Konsequenzen durchaus, hielt sie aber wegen der Erhöhung der Sicherheit der Vermögenswerte für die Auftraggeber für zumutbar (Anm. 11).

1.2.3 Die Interessenlage der Subunternehmer

Die Interessen der Subunternehmer zielen ebenfalls auf Markt- und Wettbewerbsfähigkeit ab, wobei ihr Augenmerk aus kaufmännischen Gesichtspunkten auch darauf gerichtet ist, eigene Kosten und Verwaltungsaufwand möglichst klein zu halten.

Ökonomische Probleme treten bei dieser Gruppe auf, wenn sie z.B. mit einem Bauträger kontrahieren und dieser insolvent wird, denn dann haben sie regelmäßig ihre Leistungen schon erbracht, ohne ihre Vergütung in vereinbarter Höhe zu erhalten; mangels Vertrag stehen ihnen keine direkten Ansprüche gegen den Auftraggeber zu. Dieser Nachteil besteht nicht, wenn die Subunternehmer direkt mit den Auftraggebern kontrahieren, auch wenn diese einen Baubetreuer beauftragen und bevollmächtigen, die Verträge mit den Subunternehmern zu schließen. Unter Umständen sind sie bei Einschaltung eines Baubetreuers zu einem direkten Vertragabschluß mit den Auftraggebern im Hinblick auf deren Bonität auch eher bereit als zu einem Vertragsabschluß mit einem Bauträger. Jedoch erhöht es ihren Verwaltungsaufwand, wenn sie ihre Forderungen von jedem Auftraggeber anteilig eintreiben müssen.

2 Rechtssystematische Einordnung

Vor dem Hintergrund der zuvor geschilderten Interessenlagen der Auftraggeber und Bauträger und Baubetreuer ist das Verhältnis der MaBV zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zu sehen.

Die Vorschriften der MaBV sind dem öffentlichen Recht zuzuordnen, haben aber zivilrechtliche Auswirkungen, als sie die Bauträger und Baubetreuer öffentlich-rechtlich verpflichten, ihre Verträge mit den Auftraggebern unter Beachtung der Ge- und Verbote der §§ 2-8 MaBV zu gestalten (Anm. 12). Der Schutzzweck der Verordnung, Sicherung der Vermögenswerte der Auftraggeber, erfordert es zwingend, daß die Verträge zwischen Bauträger sowie Baubetreuer und Auftraggeber die in den §§ 2-8 MaBV getroffenen Anordnungen berücksichtigen, da die Auftraggeber andernfalls Gefahr laufen, ihre Vermögensmittel zu verlieren. Ein entsprechendes Verhalten der Bauträger und Baubetreuer erzwingt § 12 MaBV, wonach deren Verpflichtungen durch vertragliche Vereinbarungen weder ausgeschlossen noch beschränkt werden dürfen (Anm. 13).

Abzulehnen ist daher die, soweit ersichtlich, alleinstehende Ansicht von Hepp (Anm. 14), daß die MaBV keine zivilrechtlichen Auswirkungen habe, sondern allein öffentlich-rechtliche Pflichten von Bauträgern und Baubetreuern gegenüber den zuständigen Behörden begründe (Anm. 15). Die Anordnungen der MaBV beschränken auch nicht unzulässig die Vertragsfreiheit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG, denn sie steht unter dem Vorbehalt des Gesetzes, wozu auch Normen in Rechtsverordnungen gehören (Anm. 16). Schließlich beinhaltet die MaBV für die Vertragsgestaltung beachtliche Gesetze i.S.d. Art. 2 EGBGB: "Gesetz i.S.d. BGB ... ist jede Rechtsnorm". Gleichwohl werden diese Bestimmungen nicht zu privatrechtlichen Vorschriften, die das Verhältnis des Bauträgers bzw. Baubetreuers zu seinem Auftraggeber regeln und diesem den Pflichten des Bauträgers

bzw. Baubetreuers entsprechende Rechtsansprüche zubilligen. Meist überwiegt der öffentlich-rechtliche Charakter der §§ 2-8 MaBV die zivilrechtlichen Elemente, bis auf § 3 MaBV, dessen Regelungen darüber hinaus auch voll in den Vertrag zwischen Auftraggeber und Bauträger einfließen müssen (Anm. 17).

Im Ergebnis hat der Gesetz- und Verordnungsgeber mit dem Erlaß von gewerberechtlichen Schutzvorschriften Zivilrecht auf dem Umweg über zwingende öffentlich-rechtliche Pflichten geschaffen (Anm. 18). Die MaBV ist damit ein typisches Beispiel für den Trend des Gesetzgebers in den siebziger Jahren, bestimmte privatrechtliche Sachverhalte nicht im BGB zu regeln - es sei hier nur auf das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwiesen (Anm. 19) -, sondern im Gewerberecht wie das Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht (Anm. 20). Der Gesetzgeber scheint sich zu scheuen, divergierende Interessenlagen (s.o. 1.2.) direkt durch gesetzliche Maßnahmen im Privatrecht auf einen Nenner zu bringen, sondern eher die Problematik der Regelungsbedürftigkeit auszulagern und den Überwachungs- und Sanktionsinstrumenten der Verwaltung zu überlassen. Gerade im Hinblick auf die MaBV ist diese Entwicklung schnell auf Kritik gestoßen, weil sie eine weitere Rechtszersplitterung und damit Rechtsunsicherheit fördert (Anm. 21).

Deshalb hat der Bundesrat in einer Stellungnahme zu der Änderungsverordnung vom 13.5.1975 zur 1. Durchführungsverordnung die Bundesregierung aufgefordert (Anm. 22), "sobald wie möglich einen Gesetzentwurf für eine umfassende zivilrechtliche Regelung des Bauträger- und Baubetreuervertragsrechts im Rahmen des Bürgerlichen Rechts vorzulegen". Die vorzunehmenden Änderungen dürften sich wohl insbesondere auf die Übernahme der Fälligkeitstermine des § 3 Abs. 2 MaBV in das BGB beziehen, bis heute ist jedoch in dieser Richtung noch kein konkretes Ergebnis zu erkennen.

3 Die Mittel der Gewerbeüberwachung

3.1 Die formalen Mittel der Gewerbeüberwachung

Zum Vollzug der genannten Gewerbeüberwachung stehen folgende formale Mittel zur Verfügung:

- Gemäß § 14 GewO muß jeder stehende Gewerbebetrieb der nach Landesrecht zuständigen Behörde angezeigt werden. Dieses allgemeine Kontrollverfahren soll der Behörde die Anzahl und Art der in ihrem Zuständigkeitsbereich ansässigen Gewerbebetriebe aufzeigen.
- Für gewerbliche Tätigkeiten, die eine Gefährdung oder Beeinträchtigung des Allgemeinwohls mit sich bringen oder mit sich bringen können, ist im Interesse der Gefahrenabwehr eine Gewerbezulassung in Form einer Erlaubnis erforderlich. Die Voraussetzungen für die Erteilung dieser Gewerbeerlaubnis können die persönlichen Verhältnisse des Gewerbetreibenden betreffen (z.B. Zuverlässigkeit und/oder besondere Fähigkeiten) oder sich auf die sachlichen Grundlagen des Betriebes beziehen (z.B. überwachungsbedürftige Anlagen gem. §§ 24, 25 GewO).

Gewerbe genehmigungen in Abhängigkeit von der Person des Gewerbetreibenden finden ihre Regelungen in den §§ 30 ff GewO, z.B. für Betreiber von Krankenhäusern (§ 30 GewO) oder für Makler, Bauträger und Baubetreuer gem. § 34c GewO.

- Gemäß § 16 MaBV haben Gewerbetreibende i.S.d. § 34c Abs. 1 GewO jährlich auf ihre Kosten eine Prüfung durchführen zu lassen, die die Einhaltung der sich aus den §§ 2-14 MaBV ergebenden Verpflichtungen zum Gegenstand hat. Diese Prüfung ist eine Pflichtprüfung, der

sich auch Gewerbetreibende zu unterziehen haben, die sich während des Prüfungszeitraums einschlägig im Sinne dieser Vorschrift betätigt haben ohne im Besitz einer Erlaubnis zu sein (siehe dazu unten 2. Teil 1).

Ein weiteres, gleichartiges Mittel ist die Auskunft und Nachschau gem. § 15 MaBV, die einem Beauftragten der zuständigen Behörde gestattet, alle für die Überwachung des Geschäftsbetriebes erforderlichen mündlichen und schriftlichen Auskünfte zu verlangen.

Gem. § 9 MaBV hat der Gewerbetreibende der zuständigen Behörde die jeweils mit der Leitung des Betriebes oder einer Zweigniederlassung beauftragten Personen unverzüglich anzuzeigen.

Die nachfolgende Grafik verdeutlicht die Einordnung der Wohnungsunternehmen, die unter § 34c GewO fallen, in die formalen Mittel der Gewerbeüberwachung:

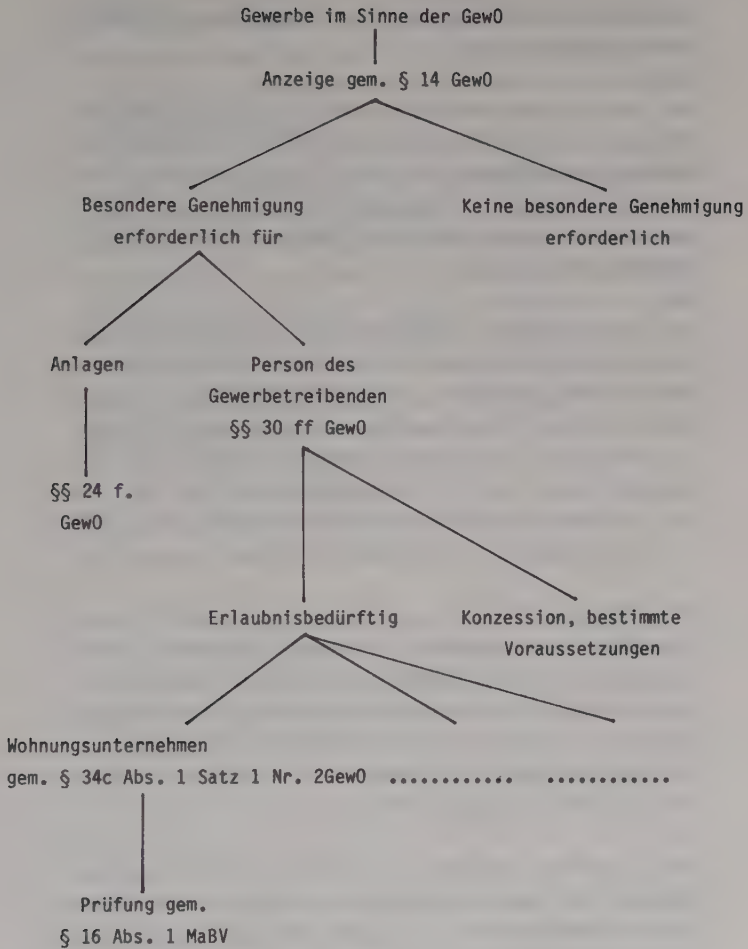


Abb. 1: Einordnung der Wohnungsunternehmen nach § 34c GewO in die formalen Mittel der Gewerbeüberwachung

3.2

Die materiellen Maßstäbe der Gewerbeüberwachung, insbesondere die Zuverlässigkeit

Die Frage, ob eine beantragte Erlaubnis erteilt werden kann, wird durch die Behörde anhand materieller Zulassungsvoraussetzungen entschieden. Dazu gehören je nach der Art des Gewerbes z.B. geordnete Vermögensverhältnisse, genügende Sachkunde und die für den Betrieb des Gewerbes erforderliche Zuverlässigkeit.

Der letztgenannten Voraussetzung kommt die größte Bedeutung zu, da sie nach der Generalklausel des § 35 GewO eine Handhabe für die Untersagung eines jeden Gewerbes bietet. Da darüber hinaus dieser Begriff, der auch in § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO als Zulassungsvoraussetzung enthalten ist, von zentraler Bedeutung für die weitere Darstellung ist, soll hier zur Vorbereitung der späteren Ausführungen das Kriterium "Zuverlässigkeit" i.S.d. GewO kurz erläutert werden.

"Zuverlässigkeit" ist ein unbestimmter Rechtsbegriff aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht. Eine eindeutige Definition gewerberechtlicher oder berufsrechtlicher Art besteht nicht. Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben Begriffsumfänge entwickelt, die als eine relativierte Zuverlässigkeit die Anforderungen spezieller Gewerbe an die jeweils geforderte Zuverlässigkeit mit einbeziehen.

Bei natürlichen Personen ist sie als Wesenseigenschaft (Anm. 23) des Gewerbetreibenden zu bezeichnen, während bei juristischen Personen auf das Verhalten ihrer gesetzlichen Vertreter abzustellen ist. Dennoch ist die Zuverlässigkeit im gewerberechtlichen Sinn nicht aus moralischen oder psychologischen Wertvorstellungen abzuleiten, sondern aus einem gewerbepolizeilichen Tatbestand, der mithin gerichtlich überprüfbar ist (Anm.: 24):

"Ein Gewerbetreibender ist unzuverlässig, wenn er nicht die Gewähr für eine ordnungsgemäße Ausübung des von ihm betriebenen Gewerbes bietet, d.h., wenn er die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt und gemeine oder private Rechtsgüter gefährdet."

Auf die Feststellung einer etwaigen Unzuverlässigkeit im o.g. Sinn zielt auch die Auswertung des Berichtes über die Prüfung gem. § 16 MaBV durch die zuständige Behörde, wobei die Konsequenzen abgestuft sind von Bußgeldern für Ordnungswidrigkeiten gem. § 18 MaBV i.V.m. § 144 Abs. 2 Nr. 1 GewO bis zur Rücknahme der Erlaubnis gem. § 53 Abs. 2 GewO.

Dem gleichen Zweck dient die oben unter 3.1 erwähnte Auskunft und Nachschau (§ 15 MaBV).

4 Gewerberechtliche Charakterisierung von Wohnungsunternehmen gem. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a und b GewO

4.1 Bestimmungsfaktoren der gewerblichen Tätigkeit

Wie bereits oben unter 1.1 kurz dargestellt, ist eine gewerbliche Tätigkeit, auf die die GewO anzuwenden ist, nur dann anzunehmen, wenn sie erlaubt ist und selbständig, planmäßig und mit dauernder Gewinnabsicht unternommen wird, wobei Urproduktion, freie Berufe und Dienste höherer Art ausgenommen sind.

Die vorliegende Darstellung geht davon aus, daß ein Wohnungsunternehmen gegeben ist, wobei der Begriff "Unternehmen" immer eine nachhaltige Tätigkeit impliziert. Betätigt sich demnach jemand nur in einem Einzelfall als Bauträger oder Baubetreuer, betreibt er kein Wohnungsunternehmen und unterfällt damit weder § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO noch der Prüfungspflicht gem. § 16 MaBV.

Auf die Problematik der Abgrenzung der noch oder nicht mehr vorliegenden Gewerbsmäßigkeit soll unten im Zusammenhang mit dem prüfungspflichtigen Personenkreis (2. Teil) näher eingegangen werden.

4.2 Bauherr (Bauträger)

Erlaubnispflichtig gem. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO ist jeder, der gewerbsmäßig Bauvorhaben "als Bauherr im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung vorbereiten oder durchführen und dazu Vermögenswerte von Erwerbern, Mietern, Pächtern und sonstigen Nutzungsberechtigten oder von Bewerbern um Erwerbs- oder Nutzungsrechte verwenden" will.

Als Bauherr wird angesehen, wer Herr des gesamten Baugesche-

hens ist. Er ist der Verantwortliche für das gesamte Bauvorhaben und wird bei dessen Planung und Durchführung tätig. Gebräuchlicher im Bereich der Wohnungsunternehmen ist der synonyme Begriff "Bauträger". Der Bauträger schließt alle hierzu erforderlichen Verträge mit Wirkung für und gegen sich; gleiches gilt, wenn Bevollmächtigte in seinem Namen handeln. Die entstehenden rechtlichen Verhältnisse werden als Innen- und Außenverhältnis bezeichnet:

- Nach außen muß der Bauträger in seinem Namen auftreten.
- Nach innen kann er für eigene oder fremde Rechnung tätig werden.

Die Ausgestaltung des Innenverhältnisses richtet sich nach der Übernahme des Risikos während der Erstellung des Bauobjekts, das entweder der Bauträger (Kaufanwärterverträge) oder ein Dritter, meist der Auftraggeber (Bewerberverträge) übernimmt (Anm. 25).

Die Rechtsnatur des Vertrages des Auftraggebers mit dem Bauträger ist umstritten. Der BGH sieht in ständiger Rechtsprechung den Bauträgervertrag als Werkvertrag an, und zwar auch dann, wenn das Bauvorhaben im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits fertiggestellt ist (Anm. 26). Demgegenüber unterscheidet die überwiegende Meinung in der Literatur die Rechtsnatur nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Bei einem Abschluß vor oder während der Bauarbeiten wird ein Werklieferungsvertrag (Anm. 27) bzw. ein gemischter Vertrag mit Kaufvertragselementen hinsichtlich des Grundstückserwerbs und mit Werkvertragselementen hinsichtlich der Bauerrichtung (Anm. 28) angenommen. Ist das Bauvorhaben fertiggestellt, soll ein Kaufvertrag vorliegen (Anm. 29).

Bauherr i.S. dieser Vorschrift ist auch ein Generalbauunternehmer, der in eigenem Namen auf einem fremden Grundstück ein Bauwerk errichtet. Entscheidend ist die Bauherreneigen-

schaft und nicht die Frage des Grundstückseigentums (Anm. 30).

4.3

Baubetreuer

Eine natürliche oder juristische Person, die Bauvorhaben in fremdem Namen für fremde Rechnung wirtschaftlich vorbereitet und durchführt, ist Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO.

Die Aufgaben des Baubetreuers stellen einen Ausschnitt aus den Tätigkeiten des Bauträgers dar und umfassen insbesondere die Beschaffung des Grundstücks, die Bereitstellung und Verwendung der Baufinanzierungsmittel und eine diesbezügliche Rechnungslegung, die Kalkulation von Verkaufspreis und/oder Miete, die Vergabe von Bauaufträgen an Bauunternehmer, den Abschluß von Versicherungen und Grundbuchangelegenheiten. Damit übernimmt der Baubetreuer typische Bauherrenfunktionen für andere.

Im Außenverhältnis tritt er im Namen des Bauherren auf. Im Innenverhältnis besteht - wird das Bauvorhaben, wie regelmäßig, auf einem Grundstück des Bauherrn durchgeführt - bei zusätzlichen technischen Leistungen des Baubetreuers ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter und bei rein organisatorischen Leistungen ein solcher mit Dienstvertragscharakter (Anm. 31). Das Baurisiko trägt grundsätzlich der Bauherr.

Baubetreuungsaufgaben i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO werden in manchen Fällen auch von Architekten übernommen. Wird diese Tätigkeit im Rahmen eines Architektenvertrages ausgeübt und spielt sie im Gesamtzusammenhang nur eine untergeordnete Rolle, ist § 34c GewO nicht anzuwenden. Wird der Architekt jedoch ausschließlich als Baubetreuer tätig, unterliegt er § 34c GewO.

Eine Tätigkeit als Bauträger i.S. dieses Gesetzes gehört unzweifelhaft nicht zu den für den Beruf des Architekten typischen Aufgaben (Anm. 32).

Da sich im Verlauf der Expertenbefragung ergab, daß das Problem der Einbeziehung von Architekten von geringer Bedeutung ist, soll darauf im folgenden nicht näher eingegangen werden.

2. Teil Prüfungspflichtiger Personenkreis

1 Ausgangspunkt des § 34c GewO und der MaBV

Gemäß § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO bedürfen Bauträger und Baubetreuer für die in dieser Vorschrift genannten Tätigkeiten einer Erlaubnis; sie haben sich weiterhin gemäß § 16 MaBV einer jährlichen Prüfung über die Einhaltung der ihnen in §§ 2-14 MaBV auferlegten Pflichten zu unterziehen.

§ 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO geht nicht von einer Berufsbezeichnung der Gewerbetreibenden, die diese sich zugelegt haben, aus. Die Vorschrift stellt auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit ab, um zu verhindern, daß ein Gewerbetreibender trotz einschlägiger Betätigung allein durch geschickte Bezeichnung den Geltungsbereich von § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO und damit der MaBV umgehen kann (Anm. 33). Gleichwohl ergab die Untersuchung, daß in der Praxis häufig der Versuch unternommen wird, durch verschiedene Konstruktionen dem Erlaubniszwang des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO und damit auch der Prüfungspflicht nach § 16 MaBV zu entgehen. Der Grund für diese Versuche ist das Bestreben, nicht einer umfassenden gewerberechtlichen Überwachung zu unterliegen und sowohl von den Pflichten als auch von dem daraus folgenden Kosten- und Verwaltungsaufwand frei zu sein, die die MaBV den Gewerbetreibenden aus Gründen des Verbraucherschutzes auferlegt.

Vor der Darstellung der Umgehungsarten soll zunächst auf die an die Tätigkeitsmerkmale anknüpfende Erlaubnis- und Prüfungspflicht (1.1 und 1.2) eingegangen werden und eine Begriffsbestimmung des General(bau)unternehmers bzw. Generalübernehmers (1.3) gegeben werden.

1.1 Baurträger (Bauherr)

Jeder Baurträger i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO unterliegt der Prüfungspflicht nach § 16 MaBV (§ 1 Satz 1 MaBV). Die Prüfung nach § 16 MaBV erstreckt sich auf die Einhaltung der Sicherungspflichten, die in den §§ 3-14 MaBV aufgestellt werden.

Verwirklicht ein Gewerbetreibender nicht alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale (z.B. verwendet er keine Vermögenswerte von Auftraggebern), ist er weder erlaubnis- noch prüfungspflichtig (Anm. 34).

1.2 Baubetreuer

Ein Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO unterliegt auch der Prüfungspflicht nach § 16 MaBV (§ 1 Satz 1 MaBV). Verwendet der Baubetreuer Vermögenswerte seines Auftraggebers, hat er sich auf die Einhaltung der §§ 2, 4-14 MaBV prüfen zu lassen; verwendet er keine Vermögenswerte seines Auftraggebers, so unterliegt er nur hinsichtlich der §§ 9-14 MaBV der Prüfungspflicht.

Trifft eines der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale für einen Gewerbetreibenden nicht zu (z.B. betreut er nicht wirtschaftlich, sondern technisch), kann der Gewerbetreibende nicht als Baubetreuer im gewerberechtlichen Sinn bezeichnet werden mit der Folge, daß er weder erlaubnis- noch prüfungspflichtig ist (Anm. 35).

1.3 General(bau)unternehmer und Generalübernehmer

General(bau)unternehmer und Generalübernehmer sind vom typischen Tätigkeitsbild her keine Baurträger (Bauherren) bzw. Baubetreuer. In der Regel erbringen sie als selbständige Gewerbetreibende aufgrund eines Auftrages des Bauherren Bau-

leistungen. Die hierzu erforderlichen Verträge schließen sie im eigenen Namen und auf eigene Rechnung mit Subunternehmern ab. Der General(bau)unternehmer erbringt alle oder einen Teil der Bauleistungen selbst, während der Generalübernehmer für alle Bauausführungen Subunternehmer und Handwerker beauftragt. Ihr Auftraggeber ist Bauherr, da er bestimmenden Einfluß auf Planung und Ablauf des Bauvorhabens ausübt, den Bauantrag stellt und Eigentümer des Baugrundstücks ist (Anm. 36).

Allerdings schließt ihre Betätigung nicht in jedem Falle die Annahme als Bauträger (Bauherr) bzw. Baubetreuer aus (vgl. die folgenden Ausführungen).

2 Gestaltungsmöglichkeiten von Wohnungsunternehmen, den Anwendungsbereich von § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a und b GewO und der MaBV zu umgehen, und ihre rechtliche Würdigung

In diesem Abschnitt werden die Umgehungsversuche dargestellt, die aufgrund der Untersuchung herausgefunden wurden. Im einzelnen sind es die Vorabüberweisung des Baugrundstücks an den Auftraggeber (2.1), der sog. "Konzerntatbestand" (2.2) sowie die Betätigung im Rahmen eines Bauherrenmodells (2.3).

2.1 Die Vorabüberweisung des Baugrundstücks

2.1.1 Rechtliche Konstruktion

Ein Gewerbetreibender verkauft und übereignet an seinen Vertragspartner (Auftraggeber) ein Baugrundstück bzw. vermittelt den Grundstückserwerb von einem fremden Dritten an seinen Auftraggeber. Daneben schließt er mit dem Auftraggeber einen gesonderten privatschriftlichen Bauvertrag über die Durchführung des Bauvorhabens auf dem vom Auftraggeber gekauften Grundstück ab. Der Gewerbetreibende kann das Bauvorhaben im eigenen Namen für eigene Rechnung durchführen, so daß er Vertragspartner der eingeschalteten Bauhandwerker wird, oder im Namen und für Rechnung des Auftraggebers, so daß dieser Vertragspartner der Bauhandwerker wird.

Beherrscht der Gewerbetreibende nach dem Inhalt des Bauvertrages oder seiner Vertragsbestandteile gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen das Baugeschehen, so daß dem Auftraggeber kaum Raum für eine eigene Gestaltung des Bauvorhabens gewährt ist, taucht im Fall der Vorabüberweisung des Grundstückes die Frage auf, ob der Gewerbetreibende (Bauherr) Bauträger bzw. Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO und nicht General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer ist. Denn aus dem reinen Wortlaut der gesetzli-

chen Bestimmung ergibt sich nicht, ob der Gewerbetreibende hierunter fällt, wenn er vor Baubeginn das Grundstück übereignet. Insoweit besteht eine Lücke sowohl im § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO als auch in der MaBV, die aus Gründen des Auftraggeberschutzes auszufüllen ist.

Der Auftraggeber ist jedenfalls auch dann Erwerber i.S.d. genannten Vorschriften, da alles, was auf dem ihm gehörenden Grundstück gebaut wird, in sein Eigentum fällt (§§ 94, 946 BGB).

Unter welchen Voraussetzungen der Gewerbetreibende als Bau-träger (Bauherr), als Baubetreuer oder als nicht erlaubnis- und prüfungspflichtiger General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer anzusehen ist, soll im folgenden unter dem Aspekt der Vermögensrisiken für den Auftraggeber, im Lichte der verschiedenen Meinungen der befragten Prüfer und anhand von Rechtsprechung, Verwaltungsansicht und Literatur betrachtet werden.

2.1.2 Vermögensrisiken des Auftraggebers bei der Vorabübereignung

Der Auftraggeber hat nur geringe Vermögensrisiken zu tragen, wenn er bereits als Grundstückseigentümer im Grundbuch eingetragen ist oder zumindest ein rechtswirksamer Grundstücks-kaufvertrag mit den erforderlichen Genehmigungen besteht, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung unwiderruflich bewilligt und beantragt ist, dem Grundbuchamt keine die Rechtsposition des Auftraggebers beeinträchtigenden unerledigten Eintragungsanträge vorliegen und die Frage der Übernahme bzw. der Löschung von Grundpfandrechten des Grundstückseigentümers geklärt ist, bevor der Auftraggeber Zahlungen zur Durchführung des Bauvorhabens an den Gewerbetreibenden leistet. Denn dann erwirbt der Auftraggeber gem. §§ 94, 946 BGB immerhin des Eigentum an allen Einbauten.

Ein echtes Schutzbedürfnis besteht jedoch für den Auftraggeber, wenn er Zahlungen leistet, bevor die o.g. Voraussetzungen erfüllt sind. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Gewerbetreibende als Bauträger (Bauherr) mit den entsprechenden Sicherungspflichten nach der MaBV zu betrachten ist.

Ein gewerberechtlicher Schutz des Auftraggebers besteht nicht, wenn der Gewerbetreibende wegen der Vorabübereignung glaubt, er sei kein Bauträger i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO und sei deswegen an die Sicherungsvorschriften der MaBV nicht gebunden.

Sichert der Gewerbetreibende demnach nicht die empfangenen bzw. verwendeten Vermögenswerte des Auftraggebers i.S.d. Vorschriften der MaBV ab, besteht das Risiko für den Auftraggeber, daß er Zahlungen an den Gewerbetreibenden leistet, denen der Bautenstand wertmäßig nicht entspricht, weil der Gewerbetreibende ihn über den Bautenstand getäuscht hat. Eine Gefahr liegt auch darin, daß der Gewerbetreibende die überschießenden Beträge veruntreut. Erhalten die eingeschalteten Bauhandwerker aus diesem Grund keine Vergütung für ihre Leistungen, kann es zum Baustillstand kommen. Eine spätere Baufortführung bewirkt in den allermeisten Fällen eine Verteuerung des Bauvorhabens und damit eine u.U. erhebliche finanzielle Mehrbelastung für den Auftraggeber.

Auch besteht die Möglichkeit, daß der Gewerbetreibende, u.U. bereits vor Baubeginn, Vermögenswerte des Auftraggebers einfordert und für andere Bauvorhaben verwendet (Schneeballsystem), bevor sichergestellt ist, daß der Auftraggeber das Eigentum am Grundstück erwirbt.

Eine weitere Gefahr kann dem Auftraggeber erwachsen, wenn das Grundstück zum Zeitpunkt des Eigentumübergangs nicht von fremden Grundpfandrechten freigestellt ist, die z.B. Darle-

hen des früheren Eigentümers dinglich absichern. Der Auftraggeber kann seine Anzahlungen sowie das Eigentum am Grundstück bzw. seinen Eigentumverschaffungsanspruch verlieren, wenn der Darlehensgläubiger bei Konkurs oder im Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses des Grundstückverkäufers oder auch im Wege einer Einzelzwangsvollstreckung wegen dessen Zahlungsunfähigkeit Befriedigung aus dem Grundstück sucht (§ 1147 BGB, § 90 ZVG).

2.1.3

Prüfermeinungen

Die Fallgestaltung der Vorabübereignung konnte von fast allen befragten Prüfern festgestellt werden. Die Ansichten der Prüfer hinsichtlich der Frage der Erlaubnis- und Prüfungspflicht, gingen mit unterschiedlichen Begründungen aber weit auseinander.

Prüfer I begründete seine Meinung, der vorabübereignende Gewerbetreibende sei kein Bauträger i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO, damit, daß dieser Annahme der Wortlaut dieser Vorschrift sowie der der § 2 Abs. 1 Satz 1 HS 2, § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV entgegenstünde; denn der Gewerbetreibende werde das Grundstück nicht mehr übereignen können. Eine Erlaubnis- und Prüfungspflicht bestehe daher nicht.

Prüfer II wies auf den Problemkreis der Vertragsaufspaltung (Grundstücksübereignung einerseits und Bauvertrag andererseits) hin, wenn an dem Bauvorhaben nur ein einziger Gewerbetreibender beteiligt ist. Ist die MaBV anwendbar, hat ein Bauträger, der nicht mehr das Baugrundstück übereignen kann, die Vermögenswerte des Auftraggebers nach § 2 MaBV abzusichern.

Prüfer III meinte, nach dem Urteil des BGH vom 26.1.1978 (Anm. 37) sei nunmehr geklärt, daß der vorabübereignende Gewerbetreibende kein Bauträger sei und deswegen an die Vor-

schriften der MaBV nicht gebunden sei. Der Auftraggeber sei als Grundstückseigentümer ausreichend gesichert. Sollte das Grundstück hingegen erst noch von einem Dritten auf den Auftraggeber übereignet werden und baue der Bauunternehmer darauf schon mit Auftraggebergeldern, ohne daß der Auftraggeber durch eine vor Baubeginn eingetragene Auflassungsvormerkung gesichert sei, sei der Auftraggeberschutz ernstlich in Frage gestellt.

Ein Generalübernehmer, der keine Bauleistung erbringt, sondern ausschließlich betreut, sei der Stellung eines Baubetreibers sehr ähnlich, wenn er nicht sogar die gleiche Tätigkeit wie er ausübe.

Prüfer IV vertrat die Ansicht, allein auf das Eigentum am Grundstück könne nicht abgestellt werden, sondern es müsse auch berücksichtigt werden, wer den überwiegenden Einfluß auf das Baugeschehen ausübe.

Prüfer V lehnte die Erlaubnis- und Prüfungspflicht des Bauunternehmers ab, da der Auftraggeber Grundstückseigentümer sei und der Gewerbetreibende sämtliche Bauleistungen erbringe.

Prüfer VI und Prüfer IX verneinten die Bauträgereigenschaft des vorabübereignenden Gewerbetreibenden und meinten, dieser Gewerbetreibende sei auch kein Baubetreuer, wenn er nicht im Namen des Auftraggebers handle. Handle er im Namen seines Auftraggebers und für dessen Rechnung unter Verwendung von dessen Vermögenswerten, so müsse er als Baubetreuer den Sicherungspflichten aus §§ 2, 4-14 MaBV nachkommen; verwende er keine Auftraggebervermögenswerte, so unterliege er (nur) den Pflichten aus §§ 9-14 MaBV. Handle er im eigenen Namen, werde er als General(bau)unternehmer bezeichnet, der sämtliche Bauleistungen erbringe oder einen Teil von ihnen im eigenen Namen weiter vergebe; er werde Generalübernehmer ge-

nannt, wenn er nur wirtschaftlich betreue und sämtliche Bauarbeiten im eigenen Namen vergebe.

Demgegenüber kamen zwei Prüfer zu dem Ergebnis, auch der vorabübereignende Gewerbetreibende sei erlaubnis- und prüfungspflichtig.

Prüfer VII führte hierzu aus, die vorherige Grundstücksübereignung erfolge auch unter dem Gesichtspunkt, dem Geltungsbereich des § 34c GewO und der MaBV zu entfliehen. Er unterwerfe alle Bauunternehmer der Prüfungspflicht, weil die Grundstücksübereignung ohne gleichzeitige Bauauftragserteilung nicht erfolgt. Zu berücksichtigen sei aber, daß die Bauleistungen direkt dem Auftraggeber als Grundstückseigentümer zugute kommen. Außerdem dürfe die Tatsache der Beeinflussungsmöglichkeit auf die Bauausführung nicht übersehen werden.

Prüfer X schilderte einen Fall, in dem ein Architekt das Grundstückseigentum übertrug und ein Gewerbetreibender die Bauleistungen erbrachte. Der Grundstückskaufpreis wurde direkt an den Architekten gezahlt, während mit dem Gewerbetreibenden der Ratenzahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV vereinbart wurde. Obwohl der Gewerbetreibende das Eigentum am Grundstück nicht mehr auf die Auftraggeber übertragen konnte, wurde er als Bauträger und nicht als Baubetreuer angesehen, da Grundstücksübereignung und Baumaßnahme ein Leistungspaket gegenüber dem Auftraggeber darstellten und in einem einzigen Vertrag beurkundet wurden. Zudem erfolgten die Zahlungen ordnungsgemäß nach dem Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV. Deshalb wurde die nicht erfolgte Einhaltung der allgemeinen Sicherungspflicht gem. § 2 MaBV (für Baubetreuer) nicht als Verstoß angesehen.

In dem Prüfungsbericht B sowie in dem einen Teilkomplex des Prüfungsberichtes G des Prüfers XI wurde unter Bezugnahme

auf das Urteil des BGH vom 26.1.1978 (Anm. 38) die Bauträger- und Baubetreuereigenschaft i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a bzw. b GewO der jeweiligen Gewerbetreibenden verneint, weil die Gewerbetreibenden im eigenen Namen Betreuungsleistungen erbrachten.

In dem anderen Teilkomplex des Prüfungsberichtes G hatte die Ehefrau des Gewerbetreibenden die beiden Baugrundstücke erworben, die der Gewerbetreibende dann bebaute. Nach Fertigstellung der beiden Bauvorhaben verkaufte die Ehefrau des Gewerbetreibenden die bebauten Grundstücke. Der Prüfer zog daraus den Schluß: "Das Baugeschehen selbst hat in vollem Umfang und in eigener Zuständigkeit der Gewerbetreibende getragen. Wirtschaftlich gesehen muß daher im Verhältnis zum Verbraucher er als Bauträger i.S.d. MaBV angesehen werden".

Nach dem Sachverhalt des Prüfungsberichtes H umfaßte die Tätigkeit des Gewerbetreibenden als Betreuer "mehrere Aufträge zur schlüsselfertigen Durchführung von Bauvorhaben. Auf sie findet das BGH-Urteil vom 26.1.1978 zum Begriff des Bauherren i.S.d. § 34c GewO Anwendung, und sie waren daher in die MaBV-Prüfung nicht einzubeziehen. Für diese Aufträge kommt nach Sachlage dem Gewerbetreibenden die Stellung eines sog. Generalübernehmers zu".

2.1.4

Stellungnahme

Die Problemlösung orientiert sich an dem Leitgedanken des Auftraggeberschutzes, der Anlaß für die Einführung des § 34c GewO und den Erlaß der MaBV war. Aus den Umständen, die zur gesetzlichen Regelung geführt haben, sowie aus dem gesetzgeberischen Willen folgt, daß die vorhandene Lücke in Gesetz und Verordnung für die Rechtsanwendung in der Praxis durch eine weitgehende Erfassung der Umgehungsmöglichkeiten ausgefüllt werden muß, um dem Leitmotiv im rechtlichen und wirtschaftlichen Alltag zur Wirksamkeit zu verhelfen.

2.1.4.1 Qualifikation des vorabübereignenden Gewerbetreibenden

Für die Lösung des Problems, welcher Gewerbetreibende trotz Vorabübereignung erlaubnis- und prüfungspflichtig ist, ist entscheidend, daß in § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO das Wort " Bauherr" gebraucht wird. Dieser Begriff weist auf eine Herrschaft, ein gewisses Maß an Einflußnahmemöglichkeit auf das Baugeschehen hin, die der Gewerbetreibende nach dem Gesetzeswortlaut haben muß. Um den Gewerbetreibenden, der das Grundstück vorab übereignet hat, auch als Bauherr (Bauträger) i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO qualifizieren zu können, muß er ebenfalls das Baugeschehen beherrschen. Unter welchen Voraussetzungen hierbei eine Bauherreneigenschaft angenommen werden kann, soll im folgenden untersucht werden; des weiteren knüpft sich die Frage an, welche Bestimmungen der MaBV ein solcher Bauherr zu beachten hat.

Nachdem es an einer speziell gewerberechtlichen Definition des Begriffs "Bauherr" mangelt und der Begriff durch die Einführung des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO erst geschaffen wurde, fragt es sich, ob die Begriffsbestimmung an die Verwendung des Bauherrenbegriffs in anderen Rechtsgebieten angelehnt werden kann oder ob das Gewerberecht nach einer eigenen Definition verlangt.

In den verschiedenen Landesbauordnungen finden sich Legaldefinitionen des Bauherrnbegriffs. Z.B. nach § 77 Abs. 1 Satz 1 der Bremer Bauordnung ist Bauherr, "wer selbst oder durch Dritte ein Bauvorhaben im eigenen Namen für eigene oder für fremde Rechnung wirtschaftlich und technisch vorbereitet und durchführt". Nach Art. 73 Abs. 1 Satz 1 der Bayerischen Bauordnung ist Bauherr, "wer auf seine Verantwortung eine bauliche Anlage vorbereitet oder ausführt oder vorbereiten oder ausführen läßt."

Aus diesen dem Gewerberecht ähnlichen Formulierungen könnte

man vorschnell den Schluß ziehen, das Gewerberecht hätte die Definition des Bauherrnbegriffs aus dem Bauordnungsrecht übernommen. Dieses stellt aber nur auf die rein rechtliche Beherrschung ab. Für die gewerberechtliche Bestimmung ist nicht nur der gesamte wirtschaftliche Hintergrund ins Auge zu fassen, sondern auch die Intentionen des Gesetzgebers bei der Einfügung des § 34c GewO. Dessen Absicht war es, wie sowohl aus der Antragsbegründung zur Einführung des § 34c GewO (Anm. 39) als auch aus dem dazugehörigen Ausschlußbericht (Anm. 40) hervorgeht, das Vermögen sozial schwacher Bevölkerungsschichten vor Schädigungen durch Wohnungsunternehmen zu schützen. Dieser Wille hat schließlich in § 34c Abs. 1 Satz 2, HS 1 und Abs. 3 GewO mit den Worten "zum Schutze der Allgemeinheit und der Auftraggeber" seinen Niederschlag gefunden.

Folglich kann bei der Bestimmung des Bauherrenbegriffs im Gewerberecht nicht nur auf den bauordnungsrechtlichen Begriff abgestellt werden, sondern es müssen vielmehr auch volkswirtschaftliche und soziale Aspekte mit einbezogen werden.

Das Zivilrecht kennt nur den Begriff "Baubetreuer" und unterscheidet den Baubetreuer im weiteren Sinn und den Baubetreuer im engeren Sinn (Anm. 41).

Baubetreuer im engeren Sinn ist, wer ein Bauvorhaben im fremden Namen und für fremde Rechnung auf einem fremden Grundstück durchführt und technische und wirtschaftliche Betreuungsleistungen erbringt. Dieser Baubetreuer ähnelt sehr dem Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO, wenn man von der technischen Betreuung absieht.

Baubetreuer im weiteren Sinn ist, wer als Bauherr im eigenen Namen und für eigene Rechnung auf eigenem oder fremdem Grundstück ein Bauvorhaben durchführt. Der Unterschied die-

ser Definition zum Bauträgerbegriff des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a GewO besteht darin, daß die gewerberechtliche Definition die Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers zur Durchführung des Bauvorhabens verlangt. Diesem Merkmal kommt eine entscheidende Bedeutung zu, denn der Gewerbetreibende, der keine Vermögenswerte des Auftraggebers verwendet, ist kein Bauträger i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO.

Der Grund für die Aufnahme des Tatbestandsmerkmals "Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers" in die gewerberechtliche Vorschrift liegt in dem Schutz der Auftraggeber vor Veruntreuung dieser Werte durch den Gewerbetreibenden, wenn der Auftraggeber keinen entsprechenden Gegenwert erhalten hat (Anm. 42). Insofern kann der zivilrechtliche Begriff "Baubetreuer im weiteren Sinn" nicht zur Bestimmung des gewerberechtlichen Begriffs herangezogen werden, da die gewerberechtliche Definition eine andere Zielrichtung verfolgt.

Aus all dem ergibt sich, daß der Begriff Bauträger im Gewerbe-recht eine eigenständige Bedeutung hat, zu dessen Bestimmung es der Aufstellung spezieller Beurteilungskriterien bedarf.

Wegen des im Steuerrecht verwandten Bauherrenbegriffs wird auf die Ausführungen in 2.3 verwiesen.

Näher ausgeführt ist der Bauherrenbegriff in Ziff. 1.1.3.1 VwV § 34c GewO: "Bauherr ist der Herr des gesamten Baugeschehens. Er wird bei der Vorbereitung und der Durchführung des Vorhabens im Außenverhältnis zu Dritten im eigenen Namen tätig oder läßt Bevollmächtigte in seinem Namen tätig werden. Er übt einen bestimmenden Einfluß auf die Planung und den Ablauf des gesamten Bauvorhabens aus und ist der Verantwortliche für das gesamte Baugeschehen, insbesondere auch

gegenüber den Bauaufsichtsbehörden. Alle den Bau betreffenden Verträge werden von ihm oder für ihn abgeschlossen. Die Rechte aus den Verträgen stehen ihm zu, die Pflichten aus den Verträgen hat er zu erfüllen. Er ist in der Regel auch der Eigentümer des Baugrundstücks oder zum Bau auf einem fremden Grundstück dinglich berechtigt (z.B. Erbbauberechtigung)."

Die gleichen Grundsätze sollen nach Ziff. 1.1.3.1 Abs. 3 VwV § 34c GewO auch für den General(bau)unternehmer gelten, der im eigenen Namen auf fremdem Grundstück baut. Dieser verliert nicht dadurch die Bauherreneigenschaft, indem er das Grundstück an den Auftraggeber veräußert und sich in demselben oder in einem anderen Vertrag zur Bauerrichtung verpflichtet.

Diese Kriterien gewähren eine Entscheidungshilfe, wenn sie auch in der Einfachheit ihrer Aufzählung für die Praxis nicht ausreichen. Werden diese Merkmale teils vom Gewerbetreibenden, teils vom Auftraggeber erfüllt, so ist unter Abwägung des Ausmaßes der Einflußnahmemöglichkeit von Auftraggeber und Gewerbetreibendem festzustellen, bei welchem von beiden die Herrschaft überwiegt (Anm. 43).

Zur Klärung dieser Schwierigkeiten wurden Anfang 1978 von den Gewerberechtsreferenten des Bundes und der Länder in Ergänzung zu Ziff. 1.1.3.1 VwV § 34c GewO fünf Kriterien aufgestellt (Anm. 44). Danach ist der Gewerbetreibende als Bauherr (Bauträger) zu qualifizieren,

- wenn er bestimmenden Einfluß auf Planung und Gestaltung des Bauvorhabens ausübt,
- wenn er bestimmenden Einfluß auf den Ablauf des gesamten Bauvorhabens ausübt,
- wenn er den Bauantrag im eigenen Namen stellt,
- wenn er Vertragspartner der übrigen Bauhandwerker bzw. Subunternehmer ist,

- wenn er in der Regel Eigentümer des Baugrundstücks oder zum Bau auf einem fremden Grundstück dinglich berechtigt ist.

Diese fünf Erfordernisse sind nicht kumulativ vom Gewerbetreibenden zu erfüllen, sondern es reicht für die Bejahung der Bauherrschaft aus, wenn sie vom Gewerbetreibenden zum überwiegenden Teil verwirklicht werden, wobei es auf die Stellung des Bauantrags im eigenen Namen und auf die Vertragspartnerschaft zu den übrigen Bauhandwerkern in geringerem Maß ankommt; denn der Auftraggeber kann leicht im Vertrag mit dem Gewerbetreibenden zur Stellung des Bauantrags in seinem eigenen Namen verpflichtet werden, und auch ein General(bau)unternehmer, "der aufgrund eines Auftrages eines Bauherrn tätig wird" und auf den daher § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO keine Anwendung findet, kann Subunternehmer einschalten (Anm. 45).

Die ausschlaggebende Bedeutung kommt damit den anderen drei Kriterien zu. Zieht man sie zur Feststellung der Herrschaft über das Baugeschehen heran, so ist zu unterscheiden zwischen dem Gewerbetreibenden, der die Bauleistungen auf einem Grundstück erbringt, das seit jeher im Eigentum des Auftraggebers steht, und dem Gewerbetreibenden, der die Bauleistungen auf einem Grundstück erbringt, das dem Auftraggeber erst im Zusammenhang mit dem Abschluß des Bauvertrages von dem Gewerbetreibenden oder durch dessen Vermittlung von einem Dritten übereignet wurde.

Ist der Auftraggeber bereits Grundstückseigentümer, so plant er in aller Regel selbst sein Bauvorhaben und bestimmt auch Baubeginn und Bauablauf; er beherrscht das Baugeschehen und ist demnach als Bauherr anzusehen. Dann ist der Gewerbetreibende, der im eigenen Namen und für eigene Rechnung tätig wird, als General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer und nicht als Bauträger i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a

GewO einzustufen. Er ist auch nicht als Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO zu betrachten, da er im eigenen Namen und nicht im Namen des Auftraggebers auftritt. Dies ist seit der Entscheidung des BGH vom 26.1.1978 (Anm. 46) geklärt, die insoweit auch Zustimmung in der Literatur gefunden hat (Anm. 47).

Der BGH vertrat jedoch in dieser Entscheidung desweiteren die Ansicht, alle Gewerbetreibenden, die im eigenen Namen auf einem Grundstück ihres Auftraggebers tätig sind, seien weder Bauträger (Bauherren) noch Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO. Diese Verallgemeinerung muß entschieden abgelehnt werden, da sie gerade dem Umgehungstatbestand der Vorabübereignung Tür und Tor öffnet. Da der BGH mit diesem Urteil die Berufungsentscheidung des OLG Bremen vom 26.1.1977 (Anm. 48) aufgehoben hatte, soll zunächst kurz auf diese Urteile eingegangen werden.

Nach Ansicht des OLG Bremen stammt der Begriff "Bauherr" zwar aus dem Bauordnungsrecht, doch diene die Aufnahme des § 34c in die GewO nicht zuerst der Regelung öffentlich-rechtlicher Tatbestände, sondern in erster Linie dem Verbraucherschutz, weswegen der Bauherrenbegriff des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO nicht nur in seiner bauordnungsrechtlichen Bedeutung gesehen werden dürfe. Aus Schutzzweck und Wortlaut der gewerberechtlichen Vorschriften ergäbe sich, daß von ihnen alle Gewerbetreibenden erfaßt werden, "die gewerbsmäßig für Auftraggeber Bauvorhaben unter Verwendung von Vermögenswerten der Erwerber durchführen oder betreuen. ... Deshalb fällt unter den Begriff "Bauherr" i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO auch der Baubetreuer im engeren Sinn, der wie die Klägerin (Gewerbetreibende) im eigenen Namen für eigene Rechnung unter Verwendung von Vermögenswerten der Auftraggeber ein Bauvorhaben auf deren Grundstück durchführt".

Diese Entscheidung ist insofern vom Ansatzpunkt her richtig, als sie den Bauherrenbegriff unter Berücksichtigung von Entstehungsgeschichte, Schutzzweck und Wortlaut des § 34c GewO herleitet. Das Gericht qualifizierte aber die Gewerbetreibende als Bauherrn, ohne weitere Kriterien zur Beurteilung dieser Eigenschaft heranzuziehen. Es stellte auch den Baubetreuer im engeren Sinn, der im Namen des Auftraggebers tätig wird, dem Bauherrn (Bauträger) des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO gleich, der im eigenen Namen auftritt.

Der BGH (Anm. 49) hob das Urteil des OLG Bremen auf und stellte fest, weder ein General(bau)unternehmer noch ein Generalübernehmer sei "Bauherr" i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO, weshalb auch die MaBV nicht zur Anwendung käme. Unter Heranziehung des bauordnungsrechtlichen Bauherrenbegriffs und der Kriterien des sog. Bauherrenenerlasses der Finanzverwaltung vom 31.8.1972 (Anm. 50) kam der BGH zu dem Ergebnis, daß "Bauherr" auch i.S.d. GewO sei, wer als Herr des Baugeschehens den bestimmenden Einfluß auf das Bauvorhaben ausübe, für die wirtschaftliche Durchführung zu sorgen habe und das Bauherrenrisiko trage. Deshalb sah der BGH die Auftraggeber als Bauherren an, weil sie als Grundstückseigentümer den maßgeblichen Einfluß ausübten. Sie hätten die Gewerbetreibende durch den Bauvertrag mit der Planung und Errichtung des Bauwerks zum Festpreis beauftragt, weshalb ihr Einfluß auf das gesamte Baugeschehen nicht geringer war, "als wenn sie zur Errichtung eines Wohnhauses auf ihrem Grundstück einen Architekten mit der Planung, Bauleitung und Bauaufsicht sowie verschiedene Handwerker mit den Bauleistungen betraut hätten." Die Auftraggeber hätten auch entschieden, welches Haus aus dem Typen-Programm der Gewerbetreibenden gebaut werden sollte, und sie hätten sich die Finanzierungsmittel selbst beschafft."Besonders deutlich wird hier der bestimmende Einfluß der Auftraggeber auf das gesamte Baugeschehen noch dadurch, daß sie den Unternehmer wechselten und ihr Bauvorhaben, wenn auch erneut geändert, auf

ihrem Grundstück durchführten."

Der BGH führte weiter aus, die Gewerbetreibende wäre nicht als Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO tätig gewesen, weil sie nach dem Vertrag im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Bauhandwerker zu beauftragen hatte; die im Vertrag erteilte Vollmacht hätte sich nur auf Nebenpflichten (Behördenverkehr) bezogen. Derartige Betreuungsaufgaben machten sie noch nicht zum Baubetreuer.

Der BGH rechtfertigte seine Ansicht, daß die Gewerbetreibende nicht Bauherr i.S.d. gewerberechtlichen Vorschrift sei, damit, daß § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO als Verbraucherschutzvorschrift der mißbräuchlichen Verwendung von Erwerbs- und Baugeldern diene. "Die Gefahr erheblichen Vermögensschadens ist aber dann verhältnismäßig gering, wenn der Auftraggeber bereits Eigentümer des Grundstücks ist" und somit alles, was darauf gebaut wird, in sein Eigentum falle (§§ 94, 946 BGB). Für diese und alle diejenigen Fälle, in denen der Auftraggeber bereits eine gesicherte Rechtsposition innehat, ist der Auffassung des BGH zuzustimmen.

Abzulehnen ist jedoch die Ansicht des BGH, soweit er die Bauherreneigenschaft eines General(bau)unternehmers oder Generalübernehmers für alle Fälle verneint, in denen der Gewerbetreibende auf dem Grundstück seines Auftraggebers baut, aber noch kein rechtswirksamer Grundstückskaufvertrag mit den erforderlichen Genehmigungen besteht, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nicht unwiderruflich bewilligt und beantragt ist, dem Grundbuchamt die Rechtsposition des Auftraggebers beeinträchtigende unerledigte Eintragungsanträge vorliegen und die Frage des Schicksals der auf dem Grundstück ruhenden Grundpfandrechte zugunsten des Auftraggebers noch nicht geklärt ist. Denn in diesen Fällen besteht die Gefahr für den Auftraggeber, daß der Gewerbetreibende dessen Zahlungen, sofern sie wertmäßig den Bautenstand über-

steigen, veruntreut oder anderweitig für Bauvorhaben verwendet. Dem sog. "Schneeball-Effekt", der die Einführung von § 34c GewO und der MaBV veranlaßte (Anm. 51), kann bei der vom BGH vorgenommenen Auslegung nicht in dem Maß Einhalt geboten werden, wie es der Verbraucherschutzgedanke dieser gewerberechtlichen Vorschriften erfordert. Die weiteren Risiken sind bereits oben unter 2.1.2 dargestellt worden.

Die Auffassung des BGH ist daher nicht generell anzuwenden (Anm. 52), da sie andernfalls der Umgehung des § 34c GewO und der MaBV Vorschub leisten würde. So hat schon Braun (Anm. 53) die Meinung vertreten, daß "es den Gewerbetreibenden überlassen (bleibt), die Gunst der Stunde zu nutzen und ihre Verträge so zu gestalten, daß sie in Übereinstimmung mit der Übung der Aufsichtsbehörden von den Vorschriften der MaBV nicht erfaßt werden". Ebenso hatte Braun von seinen Beobachtungen berichtet, daß die zuständigen Aufsichtsbehörden das Urteil des BGH vom 26.1.1978 ausnahmslos auf alle Fälle anwendeten, in denen der Gewerbetreibende kein Grundstückseigentum mehr überträgt.

Übernimmt der General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer von Anfang an die Planung und die zeitliche und technische Durchführung des Bauvorhabens und übereignet er das Baugrundstück vorab an den Auftraggeber, ist der General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer auch der Bauherr, weil dann dem Auftraggeber kaum mehr Raum bleibt für die Durchsetzung seiner eigenen Vorstellungen. Der Auftraggeber darf in solchen Fällen nur unwesentliche Änderungen vornehmen, z.B. Versetzung oder Entfernen von nicht nichttragenden Wänden, Bestimmung von Art und Farbe von Fußbodenbelag und Wandkacheln etc. Zu solchen Änderungen könnte auch ein Mieter berechtigt sein. Ist hiernach der Auftraggeber gezwungen, den Bauvertrag mit dem General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer abzuschließen, wenn er das Baugrundstück von diesem erwerben will, oder muß er das Baugrundstück vom Ge-

neral(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer kaufen, wenn er den Bauvertrag mit ihm abschließen will, stellt die vorherige gesonderte Obereignung des Grundstücks nur äußerlich ein eigenes Rechtsgeschäft dar. Von Anfang an ist der Wille beider Vertragsparteien auf ein wirtschaftliches Ziel gerichtet, nämlich z.B. die Übertragung eines noch zu errichtenden Einfamilienhauses bzw. einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung nach Durchführung des Bauvorhabens unter Verwendung von Vermögenswerten des Auftraggebers. Die innere Verknüpfung beider Verträge zeigt sich besonders darin, daß kein Vertrag ohne den jeweils anderen abgeschlossen werden würde, aber auch darin, daß der Auftraggeber nicht den Bauvertrag kündigen kann, ohne gleichzeitig das Baugrundstück zu verlieren. Eine entsprechende Absicherung kann der General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer durch Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung im Grundbuch erreichen. Letztlich stellt sich das Angebot des General(bau)unternehmers bzw. Generalübernehmers als ein Leistungspaket dar, das der Auftraggeber nur insgesamt annehmen oder ablehnen kann.

Die gleichen Überlegungen gelten, wenn der General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer dem Auftraggeber den Erwerb eines Baugrundstücks vermittelt und diese Vermittlung mit dem Bauvertrag korrespondiert, der Auftraggeber demnach bei Kündigung des Bauvertrages zur Rückübereignung des Grundstücks auf den fremden Dritten verpflichtet ist. Der Grund für eine solche Gestaltung liegt u.a. darin, daß der General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer an einem Zwischenerwerb z.B. aus einkommen- bzw. körperschaftsteuerrechtlichen und grunderwerbsteuerrechtlichen Gründen nicht interessiert ist.

Zur Beurteilung der inneren Verknüpfung der beiden Verträge sind in Rechtsprechung und Literatur Grundsätze entwickelt worden, nach denen ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, wenn ansich selbständige Vereinbarungen nach den

Vorstellungen der Vertragspartner miteinander "stehen und fallen" sollen. Erforderlich ist eine rechtliche Abhängigkeit, ein nur tatsächlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang reicht nicht aus (Anm. 54). Werden zwei - äußerlich getrennte - Verträge abgeschlossen, so ist auch der Bauvertrag gem. § 313 Satz 1 BGB beurkundungspflichtig (Anm. 45). Bezogen auf die Vorabübereignung wirken sich diese Grundsätze folgendermaßen aus:

Bietet der General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer dem Auftraggeber sowohl den Grundstückserwerb als auch die Bauausführung als Einheit an, wobei er davon ausgeht, daß beide Rechtsgeschäfte nur zusammen oder gar nicht abgeschlossen werden können, und der Auftraggeber dies ebenfalls will oder zumindest dies erkennt und nicht widerspricht, so daß alle Vertragsparteien von derselben Grundlage ausgehen, ist von einer rechtlichen Einheit der getroffenen Abmachungen auszugehen, wenn der Verknüpfungswille in ihnen oder auch schon in den Vertragsverhandlungen zum Ausdruck kommt. Dies kann z.B. ausdrücklich im Grundstückskaufvertrag geschehen, in dem der Auftraggeber sich zum Abschluß des Bauvertrages verpflichtet und umgekehrt (s.o.). Besteht eine solche Verpflichtung im Grundstückskaufvertrag, so hat der Notar auf die Beurkundungspflicht des Bauvertrages und auf die Folgen bei Nichtbeurkundung (Nichtigkeit des Bauvertrages gem. § 125 Satz 1 BGB) hinzuweisen (§ 17 Beurkundungsgesetz).

Erfolgt der Grundstückserwerb durch Vermittlung des General(bau)unternehmers bzw. Generalübernehmers von einem fremden Dritten, ist auch der Bauvertrag notariell zu beurkunden, wenn die oben beschriebene rechtliche Verknüpfung auch hier besteht (Anm. 56).

Ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht hinsichtlich der einheitlichen Rechtsgeschäfte kann nur einheitlich vom Auf-

traggeber ausgeübt werden, so daß dieser dann nicht als Herr über das Baugeschehen angesehen werden darf, auch wenn er Eigentümer des Baugrundstücks ist.

Da die Beurteilung, ob ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, von der Ermittlung und Auslegung des Willens der Vertragsparteien abhängt, war eine Erweiterung des § 3 MaBV geplant (Anm. 57). Ein neuer Abs. 4 sollte in § 3 MaBV auch die Gewerbetreibenden zur Absicherung der vom Auftraggeber empfangenen Vermögenswerte verpflichten, wenn der Auftraggeber schon Grundstückseigentümer ist (Anm. 58). Eine Änderung unterblieb jedoch wegen Bedenken der Interessenverbände, da einerseits fraglich sei, ob nach dem Urteil des BGH vom 26.1.1978 (Anm. 59) überhaupt noch der MaBV ein Regelungsbereich bliebe, und andererseits rechtliche und tatsächliche Gründe einer Änderung entgegenstünden (Anm. 60).

Vor diesem Hintergrund kommt den Beurteilungen der die Gewerbetreibenden Prüfenden eine große Bedeutung bei, da es nunmehr - neben den Notaren - ihnen obliegt, entsprechende Feststellungen im Hinblick auf den Auftraggeberschutz zu treffen (vgl. oben 2.1.3, insbesondere die Auffassungen der Prüfer IV, VII und X).

In den Prüfungsberichten (s.o. 2.1.3) wird unter Bezugnahme auf das BGH-Urteil vom 26.1.1978 (Anm. 61) die Eigenschaft des jeweiligen Gewerbetreibenden als Bauträger bzw. Baubetreuer verneint, da sie als General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer tätig wurden. Aus den Ausführungen in den einzelnen Berichten ist zu schließen, daß der Gewerbetreibende nicht Eigentümer der Baugrundstücke war und im eigenen Namen tätig wurde.

Derart kurze Hinweise ohne eingehende Begründung sind aber nicht geeignet, die betreffenden Tätigkeiten im Hinblick auf eine nicht erforderliche Erlaubnis- und Prüfungspflicht

zu erklären. Allein aufgrund dieser Hinweise ist die zuständige Behörde nicht in der Lage, selbst zu beurteilen, ob der Gewerbetreibende Bauträger ist oder nicht. In den erforderlichen Ausführungen müßte im Prüfungsbericht dargelegt werden, nach welchen Anhaltspunkten dem Gewerbetreibenden nicht die Bauträger-Eigenschaft zugesprochen wurde.

2.1.4.2 Anwendbarkeit von § 2 oder § 3 MaBV

Ist nach den vorstehenden Ausführungen ein General(bau)unternehmer oder Generalübernehmer als Bauherr (Bauträger) zu behandeln, ist fraglich, ob § 3 oder § 2 MaBV für sie gilt.

Die Regelung des § 7 MaBV läßt sich als Ausweg nicht anwenden, da die Vorschrift davon ausgeht, der Bauträger könne die Sicherungspflichten der §§ 2 bis 6 MaBV nicht erfüllen, weil z.B. die einzelnen Bauleistungen z.T. höhere Abschlagsbeträge erfordern, als nach § 3 Abs. 2 MaBV vorgesehen (Anm. 62).

Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 HS 2 MaBV ist ein Bauträger i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO von der Leistung einer Sicherheit oder dem Abschluß einer Versicherung in Höhe der Vertragssumme befreit, sofern der Bauträger dem Auftraggeber Eigentum an einem Grundstück (noch) zu übertragen hat. Für ihn gelten die besonderen Sicherungspflichten des § 3 Abs. 1 und Abs. 2 MaBV.

Bei der Vorabübereignung kann der Gewerbetreibende jedoch kein Eigentum am Baugrundstück mehr übertragen, so daß nach dem reinen Wortlaut von § 2 Abs. 1 Satz 1 HS 2 und § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV die besonderen Sicherungspflichten nicht zum Tragen kommen.

Dieser Auffassung ist auch Marcks (Anm. 63), der in diesem Fall den Auffangtatbestand des § 2 MaBV angewandt wissen

will. Er begründet dies sowohl mit dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 MaBV, der nur vor der Eigentumsübertragung liegende Handlungen aufzählt, als auch damit, daß der fremde Grundstücksverkäufer, der durch Vermittlung des General(bau)unternehmers bzw. Generalübernehmers das Eigentum auf den Auftraggeber überträgt, nach Sinn und Zweck der MaBV nicht die Sicherungspflichten des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllen kann. Außerdem bliebe unklar, welche Baufortschrittsraten (§ 3 Abs. 2 MaBV) zu vereinbaren wären.

Im Hinblick auf die auch bei der Vorabüberweisung für den Auftraggeber bestehende Gefahrensituation ist der Schutzzweck der MaBV in den Vordergrund zu stellen. Die Einführung des § 3 MaBV brachte sowohl eine Erleichterung als auch eine Erschwernis für Bauträger im Verhältnis zu dem vorher auch für sie geltenden § 2 MaBV, wobei gleichzeitig der Schutz der Auftraggeber erweitert wurde. Auf S. 6 der Begründung der BR-Dr 179/75 ist dazu ausgeführt:

"Dies führt einerseits zu einer Verschärfung der dem Gewerbetreibenden im Interesse des Auftraggebers auferlegten Sicherungspflichten, denn er darf Vermögenswerte des Auftraggebers erst nach Eintritt der in den Abs. 1 bis 3 niedergelegten Voraussetzungen entgegennehmen oder sich nur ermächtigen lassen, die Vermögenswerte erst nach den dort genannten Zeitpunkten zu verwenden, wodurch er zur Vorleistung gezwungen wird. Wie ... ausgeführt, ist die Sicherung durch die hier in Rede stehenden Maßnahmen nunmehr so verbessert, daß andererseits bei Bauträgern, die Eigentum an einem Grundstück übertragen ... sollen, auf eine zusätzliche Absicherung der Vermögenswerte des Auftraggebers durch Bürgschaft oder Versicherung völlig verzichtet und bezüglich der übrigen Bauträger die Absicherung wegen fahrlässig begangener unerlaubter Handlungen aufgegeben werden kann".

Für die Einführung des § 3 MaBV war auch ausschlaggebend,

daß manche Bauträger mit der Bürgschaft bzw. Versicherung wirtschaftlich erheblich belastet waren und Schwierigkeiten hatten, entsprechende Bürgen bzw. Versicherungsunternehmen zu finden (Anm. 64). Die neue Regelung stellt insoweit eine Erleichterung dar, die die Erfüllung der Sicherungspflichten praktikabler macht.

Ist der vorabübereignende Gewerbetreibende als Bauträger zu qualifizieren, wäre es keine sachgerechte Lösung, wenn ihm die Sicherungsmöglichkeit des § 3 MaBV versperrt würde, nur weil er oder ein Dritter das Grundstück schon vorher an den Auftraggeber veräußert hat. Immerhin stellt die erfolgte Obereignung eine gewisse Sicherheit des Auftraggebers dar, da wegen der §§ 94, 946 BGB alle Einbauten in sein Eigentum fallen, so daß die Befolgung der Pflichten des § 3 MaBV für seinen Schutz ausreichen dürften (Anm. 65).

Obereignet der Bauträger selbst das Grundstück, können die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV in den Bauvertrag aufgenommen werden, worauf der Notar bei der Beurkundung zu achten hat. Dies ist auch möglich, wenn ein Dritter das Grundstück vorabübereignet, da bei einem einheitlichen Rechtsgehalt beide Verträge beurkundungspflichtig sind (s.o.).

Die Bedenken von Marcks (Anm. 66) hinsichtlich der zu vereinbarenden Baufortschrittsraten (§ 3 Abs. 2 MaBV) vermögen nicht zu überzeugen. Die Aufstellung dieser Prozentsätze beruht auf durchschnittlichen Erfahrungswerten, die ein ausgewogenes Verhältnis zwischen erbrachter Bauträgerleistung und vom Auftraggeber gezahlter Vergütung schaffen sollten. Da im Falle der Vorabübereignung nur der Wert des Grundstücks in Abzug zu bringen ist, können die Ratenhöhen des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV übernommen werden und nur die erste Rate des § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV ist zu verringern. Diese Rate soll "die Grundstücks- und Erschließungskosten sowie etwaige einmalige öffentlich-rechtliche Folgekosten (Beiträge an Gemeinden zur

Förderung von Infrastrukturmaßnahmen), die Gebühren für Architekten- und Ingenieurleistungen, eigene Verwaltungsleistungen des Bauträgers abgelten" (Anm. 67).

Nachdem der Kaufpreis für das Grundstück gesondert zu erbringen ist und der Auftraggeber regelmäßig auch die Erschließungskosten sowie die öffentlich-rechtlichen Folgekosten zu tragen hat, entfallen auf den Bauträger nur noch seine eigenen Verwaltungskosten und die Gebühren für Architekten- und Ingenieurleistungen. Der Betrag zur Abgeltung dieser Kosten des Bauträgers ist mit 20 % der Vertragssumme anzusetzen. Dieser Prozentsatz läßt sich durch vergleichbare Fallgestaltungen in § 3 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 MaBV rechtfertigen.

Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV darf der Bauträger 20 % der Vertragssumme einfordern, wenn ein Erbbaurecht bestellt oder übertragen werden soll. Vom gleichen Prozentsatz spricht § 3 Abs. 3 Nr. 1 MaBV, wenn ein Nutzungsverhältnis (Miete, Pacht, vgl. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO) begründet werden soll. In diesen Fällen wird dem Auftraggeber nicht das Eigentum am Grundstück übertragen, so daß sich die Kosten des Bauträgers auch hier aus den Gebühren für Architekten- und Ingenieurleistungen sowie aus eigenem Verwaltungsaufwand herleiten.

2.2 Der sog. "Konzernatbestand"

2.2.1 Rechtliche Konstruktion

Mit dem Begriff Konzernatbestand wird ein Sachverhalt umschrieben, nach dem Vertragspartner des Auftraggebers der Gewerbetreibende und eine oder mehrere juristische Personen sind. Der Auftraggeber hat aus seiner Sicht mehrere verschiedene Vertragspartner. Der Gewerbetreibende ist hier jedoch an der juristischen Person, i.d.R. eine Gesellschaft

mit beschränkter Haftung, 100%ig oder zumindest mehrheitlich beteiligt, so daß diese Gesellschaft als Tochterunternehmen des Gewerbetreibenden zu qualifizieren ist. Diese rechtlichen Hintergründe werden dem Auftraggeber meist nicht offenbar, so daß der Gewerbetreibende dem Auftraggeber die wirtschaftlichen Verflechtungen verschleiern kann.

Auch beim Konzerntatbestand erhält der Auftraggeber das Baugrundstück vorabübereignet, allerdings nicht vom Gewerbetreibenden selbst, sondern von seinem mit ihm verbundenen Tochterunternehmen. Daneben schließt der Gewerbetreibende mit dem Auftraggeber einen Vertrag über die Durchführung des Bauvorhabens ab; je nach Vertragsinhalt handelt er im eigenen Namen für eigene Rechnung, so daß er Vertragspartner der eingeschalteten Bauhandwerker und Subunternehmer wird, oder im Namen und für Rechnung des Auftraggebers, so daß dieser Vertragspartner der Bauhandwerker wird. Im letzteren Fall ist er Baubetreuer.

Der Unterschied zur Vorabübereignung durch den Gewerbetreibenden bzw. auf dessen Vermittlung durch einen fremden Dritten besteht darin, daß der Gewerbetreibende hier rechtlich nicht Grundstückseigentümer ist, sondern sein Tochterunternehmen, der Gewerbetreibende aber ohne weiteres aufgrund seiner Beteiligung in der Lage ist, den Grundstücksverkauf durch sein Tochterunternehmen zu veranlassen. Wirtschaftlich gesehen ist danach der Gewerbetreibende auch Grundstückseigentümer, so daß letztendlich allein der Gewerbetreibende die wirtschaftliche Leistung, Grundstücksübertragung und Errichtung z.B. eines Einfamilienhaus bzw. einer Eigentumswohnung, erbringt.

Bezüglich der Fragen der Bauherrschaft und der Lücke in § 34c GewO und in der MaBV ergeben sich hier keine anderen Überlegungen, als im vorhergehenden Abschnitt 2.1 aufgezeigt. Es fragt sich also auch hier, unter welchen Voraus-

setzungen der Gewerbetreibende als Bauträger/Bauherr, als Baubetreuer oder als nicht erlaubnis- und prüfungspflichtiger Gewerbetreibender (General(bau)unternehmer/Generalübernehmer) einzustufen ist.

2.2.2 Vermögensrisiken für den Auftraggeber durch den sog. "Konzernatbestand"

Beim Konzernatbestand bestehen die gleichen finanziellen Risiken wie bei der Vorabübereignung, da auch hier der Auftraggeber zwei Verträge mit verschiedenen Vertragspartnern schließt. Bezüglich der Gefahrenlage kann daher auf die Darstellung oben zu 2.1.2 verwiesen werden.

Für den Auftraggeber kommt jedoch erschwerend hinzu, daß er es aus seiner Sicht jeweils mit einem von dem anderen unabhängigen Vertragspartner zu tun zu haben glaubt. In Wirklichkeit sind die wahren Hintergründe durch diese Gestaltung verschleiert, d.h., ein Außenstehender hat grundsätzlich nicht die Möglichkeit, die existierenden Beteiligungen und wirtschaftlichen Zusammenhänge zu erkennen und zu durchschauen. Durch geschicktes Auftreten, z.B. durch verschiedene Personen bei seinen Unternehmen, kann der Gewerbetreibende diesen Eindruck beim Auftraggeber vertiefen.

Bei der Vorabübereignung durch den Gewerbetreibenden selbst hat es der Auftraggeber nur mit einem Vertragspartner zu tun; erhält er das Grundstück vorab durch Vermittlung des Gewerbetreibenden von einem fremden Dritten und schließt er mit dem Gewerbetreibenden den Bauvertrag, stehen ihm zwei voneinander unabhängige Personen gegenüber, wenn man die wirtschaftlichen Interessen außer acht läßt. Beim Konzernatbestand hat er es in seinen Augen rechtlich auch mit zwei Vertragspartnern zu tun, wirtschaftlich schließt er aber mit einem einzigen, die Gestaltung beeinflussenden Gewerbetreibenden die Verträge ab.

2.2.3 Prüfermeinungen

Der sog. "Konzerntatbestand" war der Hälfte der befragten Prüfer bekannt, wobei ein Teil von ihnen die Bauträgereigenschaft des die Bauleistung erbringenden Gewerbetreibenden verneinten, ihn aber je nach Vertragsgestaltung als Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO ansahen.

Prüfer II schilderte einen Sachverhalt, nach dem die gleiche natürliche Person (oder mehrere) sowohl an einem Besitz- als auch an einem Betriebsunternehmen beteiligt ist. Mit dem Auftraggeber werden zwei Verträge abgeschlossen: einmal ein Grundstückskaufvertrag mit dem Besitzunternehmen, wobei der Auftraggeber an dieses die erste Rate in Höhe von 30% der Vertragssumme (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV) zahlt, zum anderen ein Bauvertrag mit dem Betriebsunternehmen, wobei entsprechend § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV Baufortschrittraten gezahlt werden. Fraglich sei die Anwendbarkeit der MaBV, und falls sie anzuwenden sei, welches von den Unternehmen prüfungspflichtig sei.

Prüfer III verfährt nach der BGH-Entscheidung vom 26.1.1978 (Anm. 68) bei (großen) Bauunternehmungsgesellschaften, die Teile ihres Betriebes in kleinere Tochtergesellschaften aufgliedert haben, ohne Rücksicht auf eine - nach Aktienrecht zu beurteilende - Verbundenheit der Unternehmen, so daß der Bauunternehmer kein Bauträger i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO ist. Er sieht in der Tatsache, daß der Auftraggeber bereits Grundstückseigentümer sei, eine ausreichende Sicherung. Baue der Unternehmer auf dem gekauften, aber noch nicht übereigneten Grundstück bereits unter Verwendung von Auftraggebergeldern, ohne daß der Auftraggeber durch eine vor Baubeginn eingetragene Auflassungsvormerkung gesichert sei, sei dessen Schutz ernstlich in Frage gestellt.

Prüfer VI verneinte die Bauträgereigenschaft, wenn größere Bauunternehmen von Tochterunternehmen Baugrundstücke übereignen lassen und diese dann aufgrund eigenen Vertrages mit dem Grundstückserwerber bebauen. Bei diesen Gestaltungen bestehe die Gefahr, daß das Bauunternehmen Ratenzahlungen nehme und anderweitig verwende, da zwar ein Ratenzahlungsplan vereinbart wurde, jedoch nicht der des § 3 Abs. 2 MaBV. Der Auftraggeber könne hierbei zu höheren als den in der MaBV vorgesehenen Raten verpflichtet werden, denen kein entsprechender Wertzuwachs an seinem Grundstück gegenüberstehe.

Der Bauunternehmer falle auch nicht unter den Baubetreuerbegriff des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO, da er die Bauleistungen im eigenen Namen zugunsten des Auftraggebers erbringe und ausschließlich Bauhandwerker im eigenen Namen mit der Ausführung des Auftrags beauftrage; damit führe er das Bauvorhaben nicht im fremden Namen durch. Eine Baubetreuerschaft dürfte vorliegen, wenn der Bauunternehmer mit Vollmacht seines Auftraggebers handle.

Auf Wunsch von Mandanten führte Prüfer VIII Prüfungen bei jeweils mehreren Tochtergesellschaften dieser Mandanten durch, die verschiedene Leistungen erbrachten, z.B. Bauplanung und -betreuung, reine Bautätigkeit oder Grundstücksübereignung, obwohl sie selbst der Ansicht waren, § 34c GewO finde keine Anwendung, da rechtlich keine Personenidentität bestehe.

Nach Auffassung des Prüfers IX sei der Bauunternehmer nicht zu prüfen, wenn dessen Tochtergesellschaft das Baugrundstück auf den Auftraggeber übereigne, und er im eigenen Namen mit dem Auftraggeber einen Bauvertrag abschließe. Der Bauunternehmer sei dann Generalunternehmer, wenn er alle Bauleistungen erbringe; er sei Generalübernehmer, wenn er den Auftraggeber wirtschaftlich und technisch betreue und einen Teil der Bauleistungen durch von ihm selbst beauftragte Dritte

ausführen lasse.

Ob der Bauunternehmer als Baubetreuer erlaubnis- und prüfungspflichtig sei, hänge davon ab, ob er im eigenen oder fremden Namen auftrete. Trete er in fremdem Namen für fremde Rechnung unter Verwendung von Vermögenswerten seines Auftraggebers auf, unterliege er den Sicherungspflichten der § 2 und 4-14 MaBV; verwende er keine Vermögenswerte, träfen ihn die Pflichten aus §§ 9-14 MaBV.

2.2.4 Stellungnahme

Der Konzerntatbestand wurde von den Gewerbetreibenden nicht eigens geschaffen, um nicht § 34c GewO und der MaBV zu unterliegen, sondern bestehende Unternehmensverhältnisse (z.B. nach einer Betriebsaufspaltung) boten eine willkommene Gelegenheit, aus diesem gewerberechtlichen Pflichtenkreis herauszugelangen. Um dem Verbraucherschutz Rechnung zu tragen, hat sich die Lösung der Problematik an denselben Gedanken zu orientieren wie bei der oben geschilderten Vorabübereignung.

Dies um so mehr, als der Auftraggeber die wirtschaftlichen Zusammenhänge nicht leicht durchschauen kann. Auch hier kommt dabei für die Beurteilung der gewerberechtlichen Konsequenzen der Frage der Herrschaft über das Baugeschehen und dem Inhalt der jeweils abgeschlossenen Verträge entscheidendes Gewicht zu, um dem Auftraggeber auch bei der Fallgestaltung des Konzerntatbestandes einen optimalen Schutz zu verschaffen. Die Ausführungen in der Stellungnahme zur Vorabübereignung (2.1.4) sind daher auf die Lösung der Problematik des Konzerntatbestandes zu übertragen.

Bilden in dem von dem Prüfer II genannten Sachverhalt Grundstückskaufvertrag und Bauvertrag eine rechtliche Einheit i.S.d. oben aufgezeigten Lösungsweges, ist der Gewerbetreibende als Inhaber des Betriebsunternehmens erlaubnis- und

prüfungspflichtig, da er unter Verwendung der Auftraggebervermögenswerte das Bauvorhaben durchführt, d.h., da seine Tätigkeit vom Wesen her der eines Bauträgers entspricht. Wenn der Gewerbetreibende aufgrund seines maßgeblichen Einflusses die Obereignung durch das Besitzunternehmen (Tochterunternehmen) bewirken kann, ist er auch in der Lage, die im § 3 Abs. 1 MaBV geforderten Voraussetzungen zu erfüllen. Der Gewerbetreibende (Geschäftsführer) des Betriebsunternehmens ist daher als Bauherr zu betrachten, der erlaubnis- und prüfungspflichtig ist. Der Auftraggeberschutz erfordert nicht, daß auch der Inhaber des Besitzunternehmens einer Erlaubnis als Bauträger bedarf, denn denkbar ist nur ein verantwortlicher Bauherr bei der Durchführung eines Bauvorhabens.

Obwohl die Prüfer III und VI durchaus die Gefahrensituation für den Auftraggeber sehen, verneinen sie die Erlaubnis- und Prüfungspflicht der Gewerbetreibenden ebenso wie die Prüfer VIII und IX, wenn auch die Gewerbetreibenden z.T. eine "freiwillige" Prüfung wünschten. Die Begründung ihrer Ansichten mit dem Wortlaut des Gesetzes trägt jedoch nicht dem wirtschaftlichen Zusammenhang und nicht dem erforderlichen Schutz der Auftraggeber Rechnung. Vielmehr ist bei jedem Sachverhalt eine Entscheidung im Einzelfall unter Berücksichtigung der oben dargestellten Grundsätze zur Frage der Bauherrschaft zu treffen.

3. Das Bauherrenmodell

3.1 Rechtliche Konstruktion

Der Kapitalanlage-Markt kennt Bauherrenmodelle verschiedenster Ausformung. Jedes Bauherrenmodell ist aber grundsätzlich durch den Umstand gekennzeichnet, daß der Bauinteressent und spätere Immobilieneigentümer von Anfang an zu einem Bauherrn "gemacht" wird, damit dieser steuerliche Vorteile

hat, die der Erwerber des fertiggestellten Bauvorhabens nicht hat. Zur Erreichung dieser Steuervorteile werden aus der Gesamtleistung (Errichtung eines Gebäudes) die sofort abzugsfähigen Werbungskosten (z.B. Gebühren für Geschäftsbesorgungen und Haftungserklärungen) herausgelöst, die sofort in voller Höhe zu einer Minderung der Einkommensteuer bzw. der entsprechenden Steuervorauszahlungen führen können (Anm. 69).

Größere Bauvorhaben kommen i.d.R. auf die Initiative eines Betreuers zustande, der das Baugrundstück besorgt, die Planung durchführt und die Bauinteressenten sucht. Diese Funktion kann u.U. auch ein General(bau)unternehmer ausüben.

Nach den Erfahrungen des Prüfers II sind bei den Objekten des Bauherrenmodells relativ selten Einzelbauherren zu finden, dagegen weit überwiegend Bauherrngemeinschaften; etwa 90% aller Baumaßnahmen würden im Rahmen eines Bauherrenmodells durchgeführt. Derzeit würden Eigentumswohnungen für Bauherrngemeinschaften überwiegend nach dem sog. Kölner Modell angeboten.

Beim Kölner Modell schließen sich die Bauinteressenten zu einer Bauherrngemeinschaft, i.d.R. zu einer Innengesellschaft in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zusammen, um zuerst Grundstücksmitteigenschaftsanteile zu erwerben und diese dann gemeinsam unter Einschaltung eines Bauunternehmens zu bebauen. Die Planung des Bauvorhabens ist gewöhnlich bereits zu dem Zeitpunkt, in dem das Bauherrenmodell auf dem Markt angeboten wird, in allen Einzelheiten abgeschlossen. Oblich ist, daß selbst bei kleineren Bauvorhaben zur Entlastung der Bauinteressenten ein Betreuungsunternehmen eingeschaltet wird. Die Bauinteressenten beauftragen und bevollmächtigen in jeweils gleichlautenden Verträgen detailliert und umfassend den Betreuer mit der technischen und wirtschaftlichen Durchführung des Bauvorhabens und mit dem

Abschluß u.a. eines Vertrages mit einem Bauunternehmen, das die Bauleistungen erbringen soll.

Im einzelnen sind an einem Bauherrenmodell eine Vielzahl von Parteien mit unterschiedlichen Aufgaben beteiligt. In dem hier behandelten Problemkreis wird von einem Bauherrenmodell ohne Einschaltung eines Treuhänders der Bauinteressenten ausgegangen. Die Stellung des Treuhänders wird später unter 2.3.3 untersucht.

Die Vielzahl der Vertragspartner und die zentrale Stellung des Betreuers soll die nachstehende Grafik verdeutlichen:

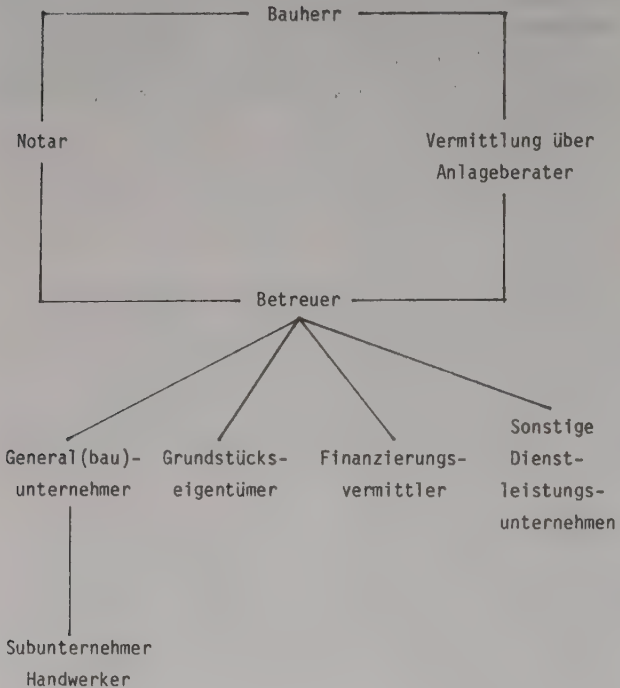


Abb. 2

Wird ein Treuhänder eingeschaltet, erhält er eine Stellung zwischen Bauherr, Notar und Anlageberater einerseits und dem Betreuer andererseits.

Fast dieselbe rechtliche Konstruktion mit ähnlichen Steuervorteilen findet sich bei dem sog. Bauträger-Modell, nur nimmt hierbei der Bauträger die zentrale Stellung des Betreuers ein; der Bauherr wird zum Auftraggeber. Auch hier kann ein Treuhänder zwischen Bauträger und Auftraggeber eingeschaltet sein. Nachdem die Rechtsprechung des BFH (Anm. 70) insbesondere zum Grunderwerbsteuerrecht beim Bauherrenmodell die Ausnutzung von Steuervorteilen teilweise beschränkt hat, hat wohl der Erwerb vom Bauträger daneben, nach "Schaffung" von Steuervorteilen, an Bedeutung gewonnen (Anm. 71).

2.3.2 Der "Bauherr" beim Bauherrenmodell

Um steuerliche Vorteile zu erreichen, ist es erforderlich, daß der Bauinteressent steuerrechtlich die Eigenschaft eines Bauherrn erwirbt. Da aber der Betreuer i.d.R. die Initiative entwickelt, aufgrund seines umfassenden Auftrages alle Mühen und Lasten der Bauabwicklung dem Bauinteressenten abnimmt und er sämtliche zur Baudurchführung notwendigen Verträge im Namen des Bauinteressenten abschließt, stellt sich die Frage, ob der Bauinteressent tatsächlich Herr des Baugeschehens ist oder ob dies nur eine vorgeschobene Bauherrschaft ist, damit der Bauinteressent in den Genuß der steuerlichen Vorteile kommt.

Wird dem Bauinteressenten nur der Mantel des Bauherren umgehängt, kann dem Betreuer die Stellung eines Bauträgers i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO zukommen, da dann in Wirklichkeit er das Bauvorhaben beherrscht.

2.3.2.1 Vermögensrisiken für den "Bauherren"

Die vertragliche Konstruktion des Bauherrenmodells besteht aus einer Vielzahl von einzelnen Verträgen mit unterschiedlichen Partnern, z.B. den Grundstückskaufvertrag, den der

Betreuer im Namen aller Bauinteressenten mit dem Grundstücksveräußerer schließt, sobald sich alle zum Bau z.B. einer Eigentumswohnungsanlage erforderlichen Bauinteressenten zusammengeschlossen haben. Das Baugrundstück wird vorab zu den entsprechenden Miteigentumsanteilen auf die einzelnen Bauinteressenten übereignet. Das Risiko für den Bauinteressenten kann nun auch hierin bestehen - wie bei der oben genannten Vorabübereignung -, daß das Baugrundstück zum Zeitpunkt des Eigentumsüberganges nicht von fremden vorrangigen Grundpfandrechten freigestellt ist, die z.B. ein Darlehen des Grundstücksveräußerers absichern. Im Zuge einer Einzelzwangsvollstreckung gegen den Grundstücksveräußerer kann der Bauinteressent seine Anzahlungen sowie seinen Eigentumsverschaffungsanspruch bzw. das Eigentum am Grundstück verlieren, wenn der Gläubiger des Grundstücksveräußerers wegen dessen Zahlungsunfähigkeit Befriedigung aus dem Grundstück sucht. Da der Betreuer nach dem Vertragsinhalt und der Konzeption des Bauherrenmodells nicht Bauherr bzw. Bauträger sein darf, hat er i.d.R. nicht die Erlaubnis gem. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO und hat demzufolge auch die Sicherungspflichten der MaBV nicht zu beachten.

2.3.2.2 Prüfermeinungen

Von den Schwierigkeiten der Feststellung der tatsächlichen Bauherreneigenschaft im Rahmen des Bauherrenmodells konnten fast alle befragten Prüfer berichten. Die meisten hielten die Frage dann für geklärt, wenn die Bauherrengemeinschaft vom Finanzamt anerkannt worden ist. Andererseits hatten sie Zweifel, wenn es sich um eine sog. vorgeschobene Bauherreneigenschaft handelte. Die steuerlichen Abgrenzungskriterien können hierbei eine Entscheidungshilfe bieten.

Darüber hinaus wiesen einige Prüfer auf folgendes hin: Prüfer I hielt die Bauherreneigenschaft bei Bauherrenmodellen für problematisch. Für die Vertragsabwicklung sei natürlich

der zivilrechtliche Vertrag ausschlaggebend, der jedoch für die steuerrechtliche Beurteilung irrelevant sei, sofern er eine Bauherreneigenschaft für steuerliche Zwecke vorgebe, die aber tatsächlich nicht beim Auftraggeber vorhanden sei.

Nach Ansicht des Prüfers III sei aber zu beachten, daß der Bauunternehmer vor Vertragsschluß mit dem Auftraggeber/Bauherrn bereits sein fertig geplantes Projekt vorstelle, da der Auftraggeber/Bauherr einerseits sehen möchte, was er erwirbt, andererseits mit der Mühe von Planung und Bauausführung nicht belastet sein wolle. In der Regel habe der Auftraggeber/Bauherr nur die Wahl, entweder das Projekt wie geplant zu akzeptieren oder vom Erwerb insgesamt Abstand zu nehmen. Tatsächlich sei dieser Bauherr selten Herr des Baugeschehens, auch wenn er schon Grundstückseigentümer sei.

Nach Ansicht des Prüfer VII hänge die Einstufung der Bauherrengemeinschaft als Bauherr davon ab, wie sie ihren Gesellschaftsvertrag formuliert habe, dessen Inhalt Einfluß auf die vertraglichen Beziehungen zum Bauunternehmer habe. Die Bauherrengemeinschaft erscheine am häufigsten in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Sei das Bauobjekt vom Finanzamt als Bauherrenmodell anerkannt, sei die Bauherreneigenschaft (steuerlich) festgestellt. Die Anerkennung als Bauherrenmodell beurteile das jeweilige Finanzamt und diese werde trotz des Bauherrenerlasses unterschiedlich gehandhabt.

Prüfer VIII vertrat die Auffassung, dieser Bauherr habe selten vollen Einfluß auf das Baugeschehen, wie ihn ein Bauherr von der Wortbedeutung her haben sollte, da das Bauprojekt fertig geplant sei.

Prüfer X schilderte einen Fall, in dem das Bauunternehmen als Generalunternehmer aufgetreten sei, da die Bauherrengemeinschaft

meinschaft Bauherr gewesen sei: ihr hätte das Grundstück gehört, und sie hätte das Baugeschehen beherrscht, während das Bauunternehmen nur eine reine Werkleistung zu erbringen gehabt hätte. Das Recht des Bauunternehmens zum Vertragsschluß im eigenen Namen mit Subunternehmern trete als untergeordnet zurück, schließe aber auch seine Baubetreuereigenschaft aus.

Prüfer X vertrat zu einem weiteren Fall die Ansicht, daß die Bauherrngemeinschaften aus steuerlichen Gründen für sich die Bauherreneigenschaft beanspruchen würden, tatsächlich aber das Bauunternehmen die Bauherrenfunktion ausübe, auch wenn das Grundstück bereits auf die Bauherren übereignet sei und der Bauunternehmer den Bauantrag im Namen der Bauherren stelle. Die Abgrenzungskriterien des Bauherrenenerlasses für Bauherren bezögen sich auf das Steuerrecht und seien nur bedingt für die gewerberechtliche Abgrenzung verwendbar. Sei die Bauherrngemeinschaft Grundstückseigentümerin, werde sie sich selten ihrer Planungshoheit begeben, so daß das Bauunternehmen nicht als Bauherr angesehen werden könne.

2.3.2.3 Stellungnahme

Das Steuerrecht entlehnte den Begriff "Bauherr" aus dem Bauordnungsrecht, um die Begriffe Hersteller (Bauherr) und Ersterwerber voneinander abzugrenzen (Anm. 72). Im Einkommensteuerrecht ist nach § 15 Abs. 1 EStDV (Anm. 73) Bauherr, wer auf eigene Rechnung und Gefahr ein Gebäude baut oder bauen läßt (Anm. 74). Nach der Finanzrechtsprechung (Anm. 75) ist Bauherr, wer auf eigene Rechnung und Gefahr ein Gebäude baut oder bauen läßt und das Baugeschehen beherrscht. Die Bauherreneigenschaft ist durch die Merkmale des umfassend zu verstehenden Bauherrenwagnisses unter Beherrschung des Baugeschehens gekennzeichnet. "Schließen sich mehrere zusammen, um gemeinsam einen Bau zu erstellen, dann sind sie Bauherren, wenn sie selbst - im Wege der Arbeits-

teilung oder durch unselbständige Arbeitskräfte - das Baugeschehen beherrschen." Die Entscheidung ist nach dem Gesamtbild und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu treffen.

Es bedeuten das "Bauherrenwagnis", daß der Bauherr wirtschaftlich das für die Durchführung des Bauvorhabens typische Risiko trägt (z.B. das Baukosten- und Finanzierungsrisiko), und die "Beherrschung des Baugeschehens", daß der Bauherr rechtlich und tatsächlich die Planung und Ausführung in der Hand hält.

Genau diese Erläuterung übernimmt der Bauherrenenerlaß des Bundesministers der Finanzen vom 13.8.1981 (Anm. 76), der damit die bisher unterschiedlichen Auffassungen der Finanzbehörden koordinierte und die in dem Urteil des BFH vom 22.4.1980 (Anm. 77) dargestellten Ausführungen für die Praxis der Finanzverwaltung verbindlich regelte, da gem. § 110 FGO das BFH-Urteil nur die Beteiligten bindet. In dem Bauherrenenerlaß vom 13.8.1981 wurde auf die Übernahme eines Passus aus einem Entwurf des Bundesministers der Finanzen vom 18.10.1980 (Anm. 78) zu diesem Bauherrenenerlaß verzichtet, vermutlich, um die Begriffsbestimmung auf den Bauwilligen als Bauherren zu beschränken. Der Passus lautet:

"Ist der einer Bauherrengemeinschaft beitretende Anleger nicht Bauherr, ist insoweit das Baubetreuungsunternehmen als Bauherr anzusehen, weil dieses Unternehmen bei der Planung, bei der Genehmigung des Bauvorhabens und während der Erstellung des Gebäudes die Bauherreninitiative entfaltet und das Bauherrenrisiko getragen hat."

Damit wird verdeutlicht, daß auch bei der Konstruktion des Bauherrenmodells der Betreuer Bauherr sein kann, was aber zur Folge hat, daß der Bauinteressent wegen fehlender Bauherreneigenschaft auf die steuerlichen Vorteile verzichten

muß. Die Entscheidung über die Anerkennung des Bauinteressenten als Bauherr trifft erst das Finanzamt im Rahmen von dessen Veranlagung zur Einkommensteuer (§§ 179, 180 Abs. 2 AO, § 21 EStG).

Nicht vollständig kann die steuerrechtliche Definition mit dem Kriterium "Bauherrenwagnis" für die Beurteilung der Bauherreneigenschaft nach § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO übernommen werden. Denn der gewerberechtliche Begriff fordert nicht, daß der Bauherr nur für eigene Rechnung das Bauvorhaben durchzuführen hat, sondern er kann auch für fremde Rechnung (des Bauinteressenten) tätig werden. Daraus läßt sich schon erkennen, daß der Bauherrenbegriff im Steuerrecht unterschiedlich zu dem des Auftraggeberschutzrechts aufzufassen ist.

Für die gewerberechtliche Begriffsbestimmung kann daher aus dem einkommensteuerrechtlichen Bereich nur das Merkmal des Beherrschens des Baugeschehens herangezogen werden. Zu diesem Merkmal sieht der Bauherrenenerlaß vom 13.8.1981 folgendes vor (Anm. 79):

- Das Gebäude oder die Eigentumswohnung muß auf einem Grundstück oder einem Erbbaurecht errichtet werden, über das der Bauinteressent ab Baubeginn wie ein Eigentümer oder Erbbauberechtigter verfügen kann.
- Alle Verträge über die Durchführung des Bauvorhabens und die Finanzierung müssen rechtswirksam im Namen und auf Rechnung des Bauinteressenten abgeschlossen sein.
- Der Bauinteressent muß die Planungshoheit über das zu erstellende Objekt besitzen.
- Der Bauinteressent muß bestimmenden Einfluß auf die Durchführung des Bauvorhabens ausüben können.

Diese Kriterien decken sich mit denen, die Anfang 1978 von den Gewerberechtsreferenten des Bundes und der Länder zur Abgrenzung des gewerberechtlichen Bauherrenbegriffs aufgestellt wurden (Anm. 80), so daß insoweit im Steuerrecht und im Gewerberecht von demselben Bauherrenbegriff auszugehen ist. Die Gewerberechtsreferenten hatten zwar darüber hinaus gefordert, daß der Bauherr den Bauantrag im eigenen Namen stellt und der Verantwortliche für das gesamte Baugeschehen, insbesondere auch gegenüber dem Bauamt, ist, doch kommt diesem Kriterium keine besondere Bedeutung bei. Der Gewerbetreibende verliert nicht deswegen seine Bauherreneigenschaft, weil er den Bauinteressenten formell als Bauherrn auftreten läßt, denn die übrigen vom Gewerbetreibenden erfüllten Kriterien überwiegen bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Abwägung (Anm. 81). Wegen der Bedeutung der direkten Vertragsbeziehungen des Bauinteressenten zu dem Bauausführenden s.u. die Ausführungen zur analogen Anwendung des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO. Im folgenden ist nun zu untersuchen, inwieweit die Kriterien des Bauherrenenerlasses vom 13.8.1981 hinsichtlich des Beherrschens des Baugeschehens vom Bauinteressenten im Rahmen eines Bauherrenmodells erfüllt werden.

In nahezu allen Bauherrenmodellfällen erhält der Interessent durch den Initiator des Bauherrenmodells - i.d.R. der Betreuer - ein Paket an Leistungen angeboten, das rechtlich aus allen abzuschließenden Verträgen besteht. Das Leistungspaket wird in einem Angebotsprospekt dargestellt, der bereits das zu erwerbende und zu bebauende Grundstück angibt und das fertig geplante Gebäude mit Grundrissen und Außenansichten ausweist; in der Anlage zu diesem Prospekt befinden sich auch die einzelnen Verträge als Muster. Der Interessent hat die (Vertrags-) Freiheit, das Angebot insgesamt anzunehmen oder abzulehnen. Nimmt er es an, muß er es mit dem angebotenen Inhalt annehmen. Er hat also i.d.R. keinen Einfluß auf die Gestaltung der Verträge sowie auf die Auswahl seiner

Vertragspartner.

Deutlich wird dieser Zwang bei der Errichtung einer Eigentumswohnungsanlage, bei der zahlreiche Bauinteressenten beteiligt sind. Das Bauvorhaben wäre nicht durchführbar, wenn jeder Bauinteressent seine eigenen Vorstellungen bezüglich Ausgestaltung und Grundriß durchsetzen wollte. Er hat daher seine Wünsche auf die Verwirklichung von dem Gesamtbauvorhaben untergeordneter Änderungen zu beschränken, z.B. Versetzung nicht tragender Wände.

Fehlt dem Bauinteressenten der bestimmende Einfluß auf Planung und Durchführung des Bauvorhabens, ist ihm die steuerrechtliche Anerkennung zu versagen. Zwangsläufig ist damit der Betreuer Bauherr und der Bauinteressent Erwerber. Wenig Gewicht ist demzufolge auch der Tatsache beizumessen, daß der Bauinteressent bereits Eigentümer des Grundstücks bzw. Erbbauberechtigter ist. Er erwirbt zwar gem. §§ 94, 946 BGB das Eigentum, so daß sein Vermögensrisiko grundsätzlich geringer ist als wenn er noch nicht Eigentümer des Grundstücks wäre. Doch schützt ihn dies auch nicht vor Veruntreuungen des Betreuers, wenn dieser die an ihn vom Bauinteressenten geleisteten Zahlungen nicht an Subunternehmer bzw. Bauhandwerker weiterleitet. Ein echtes Schutzbedürfnis besteht dagegen bei Zahlungen an den Betreuer, bevor der Bauinteressent Grundstückseigentümer geworden ist oder eine zumindest gleichwertige Rechtsposition erhalten hat.

Der beherrschende Einfluß des Betreuers macht sich auch im Hinblick auf die Grundstückseigentümergestellung des Bauinteressenten bemerkbar. Denn das ganze Vertragswerk ist fein aufeinander abgestimmt, und in ihrem Bestand sind die einzelnen Verträge rechtlich voneinander abhängig. Der Bauinteressent kann nicht die Bauverträge kündigen und das Baugrundstück bzw. seinen Miteigentumsanteil hieran im Eigentum behalten, denn diese Verträge bilden eine rechtliche Ein-

heit, so daß im Falle ihrer Auflösung i.d.R. eine Pflicht zur Rückübereignung des Grundstücksanteils besteht. Der wirtschaftliche Hintergrund ist der, daß der Bauinteressent eigene Verträge z.B. mit anderen Bauhandwerkern oder einem anderen Architekten abschließen müßte, was dann dazu führte, daß jeder Bauinteressent seine eigene "Baumannschaft" beschäftigte und eine Koordinierung gerade bei der Erstellung von Eigentumswohnungsanlagen verhindern würde. Die dann nicht mehr mögliche Vergabe von Globalaufträgen würde zu einer unvergleichlichen, zusätzlichen Kostenbelastung führen.

Gerade aber die Freiheit des Bauinteressenten, Vertragspartner und Vertragsinhalte selbst zu bestimmen, dokumentiert seine Bauherreneigenschaft. Wird sie ihm in der dargestellten Weise genommen, ist nicht er Herr des gesamten Baugeschehens, sondern ein Initiator, also i.d.R. der Betreuer, der alle Fäden in der Hand hält. Welche Umstände eine Bauherrschaft des Bauinteressenten bejahen lassen, zeigt auch das oben erwähnte Urteil des BGH vom 26.1.1978 (Anm. 82); das Urteil behandelte zwar keine Bauherrengemeinschaft, dessen grundsätzliche Überlegungen sind jedoch hierher übertragbar.

Die Bedeutung der rechtlichen Verknüpfung von Grundstückskaufvertrag und Aufbau- und Baubetreuungsvertrag stand auch schon im Vordergrund der Entscheidung des BGH vom 30.4.1976 (Anm. 83). Es ging hierbei um die Frage, ob der (berechtigte) Rücktritt des Auftraggebers vom Baubetreuungsvertrag auch den Grundstückskaufvertrag in Wegfall brachte. Die Kläger hatten von dem beklagten Landwirt ein Grundstück zu einem erhöhten Kaufpreis gekauft und mit dem gleichfalls beklagten Bauträger einen Aufbau- und Betreuungsvertrag abgeschlossen, in dem sich der Bauträger in Anbetracht des hohen Grundstückskaufpreises zur Übernahme aller Erschließungs- und Anliegerbeiträge verpflichtete. Die Parteien vereinbar-

ten gleichzeitig, daß das Grundstück dem Bauträger zu übereignen sei, wenn eine der Parteien zum Rücktritt von dem Aufbau- und Betreuungsvertrag berechtigt sein sollte. Wegen Planungsschwierigkeiten traten die Kläger vom Aufbau- und Betreuungsvertrag und später auch vom Grundstückskaufvertrag zurück. Dem wurde von der Beklagtenseite entgegengehalten, der Rücktritt vom Aufbau- und Betreuungsvertrag bringe nicht auch den Grundstückskaufvertrag zum Wegfall, da zwei rechtlich selbständige Vereinbarungen vorlägen.

Der BGH entschied, daß beide Verträge eine rechtliche Einheit bildeten, da die Kläger in Anbetracht des erhöhten Grundstückskaufpreises den Grundstückskaufvertrag nur abschließen wollten, wenn auch der Aufbau- und Betreuungsvertrag erfüllt werde. Dieser Einheitlichkeitswille der Kläger sei für den beklagten Landwirt erkennbar gewesen und er habe ihn stillschweigend hingenommen (Anm. 84). Darüber hinaus sah der BGH die durch die einheitliche Beurkundung beider Verträge geschaffene Vermutung der rechtlichen Vertragseinheit durch die Vertragsgestaltung in der Gesamtheit und in ihren Einzelheiten bestätigt. Es komme daher entscheidend darauf an, daß die Vereinbarungen gemeinsam miteinander "stehen und fallen" sollen, um ihre rechtliche Einheit bejahen zu können. Es schade auch nicht, wenn die Verträge nicht demselben rechtlichen Geschäftstypus angehörten oder wenn an den mehreren Rechtsgeschäften verschiedene Personen teilgenommen hätten. Liegt somit ein einheitliches Rechtsgeschäft vor, kann das Rücktrittsrecht hinsichtlich der verbundenen Rechtsgeschäfte nur einheitlich ausgeübt werden (Anm. 85).

Überträgt man diese Grundsätze des BGH auf das Bauherrenmodell, so ist der rechtliche Einheitlichkeitswille der anderen Vertragspartner dem Bauinteressenten erkennbar und wird von ihm gebilligt oder zumindest hingenommen. Denn der Betreuer und die anderen Vertragspartner wollen ihr Vertragswerk insgesamt mit dem Bauinteressenten realisieren oder

überhaupt nicht. Sie würden das Grundstück nicht an den Bauinteressenten veräußern, wenn er nicht auch den Betreuungsvertrag, den Finanzierungsvermittlungsvertrag, den Bauvertrag etc. mit abschliesse. Dies wird dem Bauinteressenten klar, wenn er das Leistungspaket des Betreuers annimmt, mit dem er zu Beginn Kontakt aufgenommen hatte. Will der Bauinteressent z.B. vom Bau- oder Betreuungsvertrag zurücktreten, bringt er damit gleichfalls den Grundstückskaufvertrag und die übrigen Verträge zum Wegfall.

Diese Tatsache weist auf die fehlende Herrschaft des Bauinteressenten über das Baugeschehen hin, denn er hat nicht die Freiheit und die Möglichkeit, Vertragspartner und Art und Weise der Vertragsdurchführung selbst zu bestimmen.

Die Folge hieraus ist, daß der Betreuer als Bauherr (Bauträger) einzustufen ist, mit der Konsequenz, daß er erlaubnispflichtig gem. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO und prüfungspflichtig gem. §§ 1 und 16 MaBV im Hinblick auf die Einhaltung der Pflichten aus §§ 3 bis 14 MaBV ist. Demgegenüber wird in der Literatur teilweise vertreten, § 34c GewO sei im Rahmen eines Bauherrenmodells überhaupt nicht anzuwenden.

V. Heymann (Anm. 86) ist der Ansicht, § 34c GewO und die MaBV kämen bei dem Bauherrenmodell generell nicht zur Anwendung. Der Betreuer sei nicht Bauherr i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO, da er nicht als Bauherr im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung handle. Bauherr sei vielmehr der Bauinteressent, der das Baugeschehen beherrsche und alle Risiken eines Bauherren trage. Heymann (Anm. 87) schränkt seine Meinung ein für den Fall der sog. vorgeschobenen Bauherrschaft unter Hinweis auf das bereits erwähnte Urteil des BGH vom 30.4.1976 (Anm. 88).

Maser (Anm. 89) stellt ebenfalls fest, daß bei allen Bauher-

renmodellen § 34c GewO keine Anwendung finde. Wird der Bauinteressent als Bauherr anerkannt, so sei damit für § 34c GewO zugleich negativ festgestellt, daß der Betreuer bzw. der Treuhänder nicht Bauherr i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO sein könne. Denn diese Vorschrift setze voraus, daß der Betreuer bzw. der Treuhänder im eigenen Namen für eigene oder fremde Rechnung handelten. Lege man die Gesichtspunkte des Urteils des BGH vom 26.1.1978 (Anm. 90) zur Frage des zivilrechtlichen Bauherrns dem Bauherrenmodell zugrunde, ergebe sich, daß der Bauherr des Bauherrenmodells auch Bauherr i.S.d. Definition des BGH ist.

Maser muß beigespflichtet werden für alle die Fälle, in denen der Bauinteressent das Baugeschehen beherrscht. Masers Meinung im Zusammenhang mit der BGH-Entscheidung vom 26.1.1978 ist jedoch in Frage zu stellen, weil in aller Regel der Bauinteressent des Bauherrenmodells nicht seine Vertragspartner zu wechseln vermag ohne auch das Grundstück rückübereignen zu müssen. Der BGH erkannte in seiner Entscheidung gerade dieses Vermögen der Bauinteressenten als eines der Merkmale ihrer Bauherrschaft an (Anm. 90).

Gegenüber diesen beiden Meinungen vertritt Brych (Anm. 91) die Ansicht, daß eine vorgeschobene Bauherrschaft gegeben sei, wenn der Bauinteressent z.B. den Generalübernehmervertrag nicht lösen könne, ohne gleichzeitig das Grundstück zu verlieren. "Liegt ein derartiger Fall vor, so ist offenkundig, daß die miteinander korrespondierenden Verträge ein Leistungspaket des Betreuers darstellen (das der Leistung des klassischen Bauträgers entspricht), woraus folgt, daß ein derartiger Betreuer den Vorschriften der MaBV unterfällt, sich also z.B. der Zahlungsplan an § 3 MaBV zu orientieren hat." Brych bezieht damit in seine Beurteilung die wirtschaftlichen Gegebenheiten ein.

Die Einordnung des Betreuers als Bauträger i.S.d. § 34c

Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO würde im Fall seiner Herrschaft über das Baugeschehen den wirtschaftlichen Gegebenheiten gerecht werden, den rechtlichen aber insoweit nicht, als der Betreuer des Bauherrenmodells im Namen der Bauinteressenten und nicht im eigenen Namen tätig wird. Wollte man diese rechtliche Gegebenheit in Einklang mit der wirtschaftlichen bringen, müßte man auch so konsequent sein und den Bauinteressenten als Bauherren qualifizieren. Genau dies widerspräche aber den wirtschaftlichen Tatsachen in den oben dargestellten Fällen.

Auf § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO kann demnach unmittelbar nicht zurückgegriffen werden, denn diese Vorschrift regelt einen solchen Fall nicht. Die gesetzliche Regelung ist allerdings insoweit nicht unvollständig, denn der Gesetzgeber hätte eine Regelung nach seiner Intention - Schutz des Auftraggebers - getroffen, wenn er den Fall vollständig gesehen und dessen Regelungsbedürftigkeit erkannt hätte, was zugleich den Schluß erlaubt, der Gesetzgeber habe den Fall nicht bewußt offengelassen. Vielmehr läßt sich für den vorliegenden Fall eine "planwidrige Unvollständigkeit" feststellen (Anm. 92). Mit Larenz (Anm. 93) ist daher eine Gesetzeslücke anzunehmen, da die Regelung in § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO unvollständig ist, d.h., sie enthält keine Regel für eine solche Frage, die nach der zugrunde liegenden Regelungsabsicht einer Regelung bedarf (Anm. 94). Zwar hatte der Gesetzgeber die grundsätzliche Regelungsbedürftigkeit bei Erlaß dieser Vorschrift erkannt, jedoch blieb er damit hinter den Rechtsgegebenheiten zurück (Anm. 95). Da die gewerberechtliche Schutzvorschrift für den vorliegenden Fall keine Regel enthält, die auf ihn anwendbar wäre, obwohl sie nach ihrer Teleologie eine solche Regelung enthalten sollte, spricht man von einer offenen Gesetzeslücke im Gegensatz zu einer verdeckten (Anm. 96). Eine verdeckte Lücke wäre anzunehmen, wenn § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO auch für den vorliegenden Fall eine anwendbare Regel enthielte, die aber

ihrem Sinn und Zweck nach auf diesen Fall nicht passen würde, hier also, weil die wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten nicht in Übereinstimmung gebracht werden können; zur Lückenausfüllung bedürfte dann die gesetzliche Regelung einer teleologischen Reduktion.

Die Ausfüllung der hier angenommenen offenen Lücke hat in Anlehnung an die gewerberechtliche Vorschrift in dem Finden einer sachentsprechenden Regel zu erfolgen, wobei diese Rechtsfortbildung als die Fortsetzung der Bemühungen des Gesetzgebers um die Verwirklichung der Rechtsidee zu verstehen ist, indem man von der vorliegenden Vorschrift als dem Ergebnis der bisherigen Bemühungen ausgeht (Anm. 97). Demzufolge ist die bestehende Vorschrift unter Berücksichtigung ihrer Geschichte, dem Willen des Gesetzgebers und der sozialen Institution teleologisch (*ratio legis*) auszulegen (Anm. 98). Wie bereits ausgeführt, gedachte der Gesetzgeber mit dem Erlaß der gewerberechtlichen Schutzvorschrift auf die in den sechziger Jahren herrschenden Mißstände auf dem Grundstücks- und Wohnungsmarkt zu reagieren, wodurch die Vermögenswerte weiter Bevölkerungskreise geschützt werden sollten (Anm. 99). Dabei machte der Gesetzgeber keinen Unterschied zwischen mehr oder weniger vermögenden Bevölkerungsschichten, so daß es gerechtfertigt ist, unter Bewertung der Interessen im vorliegenden Fall die Lücke durch eine Analogie zu § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO zu schließen. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift ist der direkten im wesentlichen so ähnlich, daß eine gleiche Behandlung geboten ist (Anm. 100). Anzuwenden ist hier eine Einzel- oder Gesetzes-Analogie, da die zitierte Vorschrift auf einen Fall ausgedehnt wird, den sie nach ihrem Wortlaut nicht trifft (Anm. 101).

In der Verwaltungsrechtsliteratur ist jedoch der Umfang der Zulässigkeit der Analogie streitig. Wolff/Bachof (Anm. 102) und Achterberg (Anm. 103) vertreten ohne nähere Unterschei-

dung die Ansicht, die teleologische Interpretation gestatte es nicht, unter Hinweis auf das geschützte Rechtsgut oder einen anderen Gesetzeszweck eine gesetzliche Eingriffsermächtigung (Anm. 104) über ihren Wortlaut hinaus auszuweiten. Dem ist in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen. Unzulässig wäre es sicher, sollte eine spezielle Ausnahmegeschrift im Wege der Analogie erweitert werden, da dann der Ausnahmecharakter verlorengehe. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber nicht um eine Ausnahmegeschrift, sondern um eine allgemeine Norm, unter die der Sachverhalt zwar nicht nach dem Wortlaut, so doch aber nach ihrem Sinn und Zweck fällt (Anm. 105). Daher ist hier der Analogie die Zulässigkeit nicht zu versagen.

Die analoge Anwendung des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO wäre wohl ausgeschlossen, wenn der Betreuer keine Vermögenswerte der Auftraggeber bzw. Bauinteressenten zur Bauausführung verwenden würde, wie es § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO verlangt; dies wäre der Fall, wenn nicht der Betreuer zur Inempfangnahme und Weiterleitung der Vermögenswerte berechtigt wäre, sondern z.B. ein Treuhänder der Bauinteressenten. In diesem Fall wäre die eindeutige Regelung des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO einschlägig.

Immer dann, wenn kein Treuhänder eingeschaltet ist und der Betreuer Vermögenswerte der Bauinteressenten bzw. Auftraggeber verwendet, kann der Rechtsgedanke des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO analog zur Anwendung kommen. Der Betreuer hat dann insbesondere die Sicherungsvorschrift des § 3 MaBV einzuhalten, womit der Schutz der Bauinteressenten gewährleistet ist. Da der jeweilige Bauinteressent bereits vorab den Grundstücksanteil übereignet bekommen hat, kommen hier die gleichen Überlegungen wie bei der oben behandelten Vorabübereignung zum Zuge. Die oben unter 2.3.2.1 dargestellten Vermögensrisiken der Bauinteressenten können durch die nach § 3 Abs. 1 MaBV vom Betreuer/Bauträger zu erfüllen-

den Voraussetzungen ausgeschlossen werden.

Die oben unter 2.3.2.2 erwähnten Meinungen der befragten Prüfer lassen erkennen, daß die Herrschaft über das Baugeschehen das entscheidende Kriterium ist. Für die steuerrechtlichen Konsequenzen ist der Bauherrenenerlaß vom 13.8.1981 (Anm. 106) maßgebend bzw. die darauf beruhende Anerkennung als Bauherr durch die Finanzverwaltung. Zuzustimmen ist den Prüfern, wenn sie auch die Kriterien des Bauherrenenerlasses unter Außerachtlassen der rein steuerrechtlichen Aspekte zur gewerberechtlichen Beurteilung heranziehen, ob der Betreuer als Bauträger zu qualifizieren ist. Gleichwohl entbindet sie die Anerkennung des Bauinteressenten als Bauherrn durch die Finanzverwaltung nicht von einer eigenständigen Prüfung des Betreuers auf seine u.U. gegebene gewerberechtliche Stellung.

2.3.3 Betreuer und Treuhänder beim Bauherrenmodell

Während unter 2.3.2 das Bauherrenmodell darauf untersucht wurde, unter welchen Voraussetzungen der Betreuer als Bauherr (Bauträger) zu betrachten ist, soll in diesem Abschnitt der Frage nachgegangen werden, ob ein Treuhänder oder ein Betreuer dann als Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO anzusehen ist, wenn er nicht Bauherr (Bauträger) ist, weil der Bauinteressent tatsächlich Herr des Baugeschehens (Bauherr) ist. Die Fragestellung betrifft sowohl den Fall, wenn der Betreuer allein auftritt, als auch den, wenn zusätzlich ein Treuhänder eingeschaltet ist.

Grundsätzlich betreiben Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Notare kein Gewerbe bei treuhänderischer Betätigung (§ 1 Abs. 2 Satz 2 WPO; § 32 Abs. 2 StBerG; § 2 Abs. 2 BRAO; § 2 Satz 3 BNotO), so daß auf sie die einen Gewerbebetrieb voraussetzende Vorschrift des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO nicht anwendbar wäre. Unter welchen

Voraussetzungen diese gesetzliche Aussage bei der Problematik im Bauherrenmodell gilt, soll ebenfalls nachfolgend behandelt werden.

2.3.3.1 Vermögensrisiken für den Bauherrn

Wickelt allein ein Betreuer das gesamte Bauvorhaben als Vertreter der Bauherren ab, indem er alle erforderlichen Verträge in deren Namen abschließt und die Baugelder der Bauherren abrufen und weiterleitet, wird ihm von seiten der Bauherren eine herausragende Vertrauensstellung eingeräumt. Er allein disponiert über den Zeitpunkt und das Ausmaß der Verwendung der Vermögensmittel der Bauherren, die finanziell nur durch entsprechende Auflagen im Betreuungsvertrag abgesichert sind. Berechtigt und verpflichtet sind unmittelbar die Bauherren aus allen Verträgen mit den mit der Baudurchführung betrauten Personen.

Unterschlägt ein Betreuer die Vermögensmittel der Bauherren oder ruft er die Mittel ab, ohne daß den Bauherren eine äquivalente Bausubstanz wertmäßig zuwächst bzw. zugewachsen ist, und wird er vermögenslos, sind die Bauvertragspartner der Bauherren berechtigt, von diesen die entsprechenden Vergütungen zu fordern, soweit ihre Forderungen durch den Betreuer noch nicht befriedigt sind. Die Bauherren sind in diesem Fall zur nochmaligen Zahlung verpflichtet, sie haben jedoch dafür im Innenverhältnis zum Betreuer gegen diesen einen Regreßanspruch, der sich aber grundsätzlich wegen dessen Vermögenslosigkeit nicht realisieren lassen wird.

Die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme kann für die Bauherren auch dann bestehen, wenn der Betreuer das Bauvorhaben wirtschaftlich durchführt, jedoch der Treuhänder im Namen der Bauherren alle Verträge schließt und zur Verfügung über die Vermögensmittel der Bauherren befugt ist. Hier kommt der Stellung des Treuhänders die entscheidende Bedeutung im Hin-

blick auf den Vermögensschutz der Bauherren zu.

Werden weder der Betreuer noch der Treuhänder als Betreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO angesehen, besteht für die Bauherren kein Schutz durch die Vorschriften des § 34c GewO und der MaBV.

2.3.3.2 Prüfermeinungen

Die eine Hälfte der befragten Prüfer verneinte die Erlaubnis- und Prüfungspflicht von Betreuer und Treuhänder, während die andere Hälfte sie bejahte. Die Prüfer VI und VIII hielten den Treuhänder dann für erlaubnis- und prüfungspflichtig, wenn er mit dem Betreuer wirtschaftlich eng verbunden war. Die Prüfer IV, V und VIII wollten den Treuhänder nicht dem Erlaubnis- und Prüfungszwang unterwerfen, wenn er z.B. Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater war.

Nach Ansicht des Prüfers I gehört der Treuhänder nach dem Wortlaut des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO nicht zu dem dort genannten Personenkreis. Sofern er außerhalb des Bauherrenmodells auftrete, sei er nicht prüfungspflichtig. Für die Beurteilung des Treuhänders im Bauherrenmodell komme es entscheidend auf den Inhalt der zivilrechtlichen Verträge an.

Prüfer II hielt die Qualifikation eines bei einem Bauherrenmodell eingeschalteten Treuhänders für problematisch. Der Treuhänder wickele den Zahlungsverkehr ab und beauftrage i.d.R. einen Baubetreuer mit der Abwicklung des Bauvorhabens. Durch diese Aufgabenteilung fallen weder Treuhänder noch Baubetreuer unter § 34c GewO bzw. unter die MaBV. Diese Konstellation komme sehr häufig vor.

Prüfer III vertrat die Ansicht, daß der Treuhänder des Bauherrenmodells sich prüfen zu lassen habe, wenn er Auftragge-

bervermögenswerte verwende und wirtschaftlich zum nachgeschalteten Betreuungsunternehmen gehöre, da hier der Auftraggeberschutz gefährdet sein könne. Betätige sich ein Notar, ein Wirtschaftsprüfer oder ein Steuerberater als Treuhänder, werde man sie aufgrund ihrer Berufspflichten nicht für prüfungspflichtig halten müssen. Sofern Prüfer III mit einer Treuhandaufgabe von einem Betreuungsunternehmen beauftragt worden ist, lehne er die Übernahme weiterer Mandate des gleichen Unternehmens ab (Doppelmandate).

Der Betreuer des Bauherrenmodells sei prüfungspflichtig, wenn er wirtschaftlich betreut, d.h., wenn er im Namen des Bauherrn für dessen Rechnung Verträge mit Subunternehmen und Handwerkern schließt. Er habe dann aber nur die Einhaltung von §§ 9-14 MaBV zu beachten. Nimmt auch er fremde Vermögenswerte in Empfang, obliegen ihm die Pflichten aus §§ 2 und 4-14 MaBV.

Prüfer IV unterwarf immer den Treuhänder bei Bauherrenmodellen (Kölner Modell) der Prüfungspflicht. Im übrigen erschwere die Vielzahl der beim Bauherrenmodell auftretenden Personen wegen deren Arbeitsteilung die Beurteilung, wer prüfungspflichtig ist. Beim Architekten sei wegen seiner Betreuer Tätigkeit auf den Schwerpunkt dieser Tätigkeit abzustellen.

Für Prüfer V erschöpft sich die Funktion des Betreuers in der wirtschaftlichen und technischen Unterstützung des Auftraggebers. Der Treuhänder hingegen betreue nicht, sondern schließe im Namen des Auftraggebers die Verträge mit dem Betreuer, dem Generalunternehmer und evtl. auch mit den Handwerkern und leite Zahlungen des Auftraggebers direkt an Unternehmer und Handwerker. Durch diese Aufspaltung in zwei Tätigkeitsbereiche unterliege keine der beiden Personen dem Wortlaut nach dem § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO; er prüfe daher diese Personenkreise auch nicht. Falls Treuhän-

der doch prüfungspflichtig sein sollten, frage es sich, ob nicht ein Wirtschaftsprüfer als Treuhänder aufgrund seiner weitreichenden Berufspflichten von der Prüfungspflicht ausgenommen werden solle.

Der beim Bauherrenmodell eingeschaltete Treuhänder erbringe nach Auffassung des Prüfers VI keine Baubetreuungsleistungen, weshalb er ihn nicht prüfe. Er schränkte seine Ansicht allerdings für den Fall ein, wenn der Treuhänder wirtschaftlich zum nachgeschalteten Betreuungsunternehmen gehöre und daher möglicherweise befangen sei.

Prüfer VII vertrat die Meinung, daß die Tätigkeit eines Treuhänders beim Bauherrenmodell als wirtschaftliche Betreuung aufzufassen sei und er sich deshalb prüfen zu lassen habe. Er sei zwar weder Bauträger noch Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO, doch habe er regelmäßig die alleinige Verfügungsbefugnis über die Auftraggebergelder zur Weiterleitung an Subunternehmer und Handwerker.

Nach Prüfer VIII bilden Treuhänder und Betreuer oft wirtschaftlich, aber nicht rechtlich eine Einheit. Treuhänder könne aber auch ein Notar, ein Wirtschaftsprüfer, ein Rechtsanwalt oder ein Steuerberater sein. Man werde daher kaum alle Treuhänder ohne Unterschied als prüfungspflichtig behandeln können.

Die Bauherrenmodelle würden nahezu immer mit Festpreisvereinbarungen abgewickelt, wobei der Betreuer, wenn kein Treuhänder beteiligt ist, im fremden Namen Subunternehmer beauftrage und bezahle. Der Auftraggeber/Bauherr zahle nach einem Ratenplan an den Betreuer, so daß dieser zur Auftragsausführung keine fremden Vermögensmittel verwende.

Prüfer IX betrachtete den Betreuer als nicht prüfungspflichtig, weil er nicht in Rechtsbeziehungen zum Bauherren stün-

de, sondern zum Treuhänder. Der Treuhänder sei ebenfalls nicht prüfungspflichtig, da er zwar im Namen des Bauherren handele, seine Tätigkeit aber nicht dem typischen Bild eines Baubetreuers entspräche. Er sei eher als Vermittler zwischen Bauherr, Treuhänderbank und Betreuer anzusehen.

Prüfer X zitierte aus einem Prüfungsbericht eine Fallgestaltung, nach der die Tätigkeit des Betreuers nicht als Baubetreuung i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO klassifiziert werden konnte - mit der Folge, daß die allgemeinen Sicherungspflichten der MaBV nicht bestanden -, weil die Bauherrngemeinschaft Zahlungen über ihren Treuhänder direkt an den Generalunternehmer geleistet habe und der Betreuer daher weder Vermögenswerte in Empfang genommen noch sich zu deren Verwendung habe ermächtigen lassen.

3.3.3 Stellungnahme

Nachdem die Rechtsprechung sich in der Vergangenheit oftmals mit der Problematik der doppelten Inanspruchnahme der Bauinteressenten befaßte, aber aufgrund der BGH-Rechtsprechung erhebliche Vermögensrisiken der Bauinteressenten bestehen, sollen im folgenden die unterschiedlichen Entscheidungen wiedergegeben werden, um die Haftungssituation der Bauinteressenten zu beleuchten.

Einige Gerichte (Anm. 107) suchten die doppelte Inanspruchnahme des Bauherrn im Falle der Vermögenslosigkeit des Betreuers dadurch zu verhindern, indem sie die Bevollmächtigung des Betreuers für unwirksam erachten, so daß keine direkten Vertragsbeziehungen des Bauherrn zu den Bauhandwerkern bestanden. Jedoch stellte der BGH (Anm. 108) allein auf die zivilrechtliche Vertragsgestaltung ab.

Der BGH hatte in dem seiner Entscheidung vom 18.11.1976 (Anm. 109) zugrunde liegenden Sachverhalt zu der Frage Stel-

lung zu nehmen, ob (Bau-)Vertragsbeziehungen zwischen dem Bauherrn und den einzelnen Bauhandwerkern oder "nur" zwischen dem Bauherrn und dem Baubetreuer bestünden (Anm. 110).

In den Gründen führte der BGH aus, daß der Baubetreuer den Werkvertrag im Namen des Bauherrn und nicht im eigenen Namen geschlossen habe, und daß der Wortlaut des Vertrages eindeutig sei. Er trat der Ansicht des Bauherren nicht bei, "eine Bevollmächtigung zum Abschluß des Bauvertrages sei beiderseits nicht gewollt gewesen", sondern deutete die Vereinbarung eines Festpreises im Baubetreuungsvertrag nicht als unlösbaren Widerspruch zur Bevollmächtigung des Baubetreibers. Die Festpreisabrede sei vielmehr eine Preisgarantie, "die den Baubetreuer verpflichtet, den Bauherrn von den über den Festpreis hinausgehenden Forderungen der Bauhandwerker freizustellen". Daraus, daß der gesamte Rechnungs- und Zahlungsverkehr in der Hand des Betreibers liegt, dürfe nicht auf unmittelbare und alleinige Vertragsbeziehungen zwischen diesem und dem Bauherrn geschlossen werden, denn der Betreiber verfüge i.d.R. über den besseren Überblick über Baufortschritt und Baukostenstand. Der BGH sah durchaus das Risiko der doppelten Inanspruchnahme des Bauherrn, meinte aber, hierdurch verwirkliche sich das Risiko des Bauherrn, das er wegen steuerlicher Vorteile eingegangen sei. "Eine bestimmte vertragliche Regelung kann nicht gleichzeitig als steuerrechtlich gewollt und als zivilrechtlich nicht gewollt angesehen werden. Ist sie zivilrechtlich nicht gewollt, so ist sie ein Scheingeschäft mit dem Ziel einer Steuerhinterziehung." Der BGH verneinte das Vorliegen eines Scheingeschäfts mit der Begründung, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei die im Baubetreuungsvertrag getroffene Regelung von beiden Vertragspartnern wirklich gewollt gewesen; daß der beklagte Bauherr im nachhinein auf die Bevollmächtigung des Betreibers in Kenntnis des realisierten Risikos lieber verzichtet hätte, sei eine rückschauende Betrachtung, die ohne rechtliche Auswirkung bleiben müsse.

Diese Entscheidungsgrundsätze hat der BGH in seinem Urteil vom 17.1.1980 (Anm. 111) in vollem Umfang aufrecht erhalten unter Bezugnahme auf die vorgenannte Entscheidung, da die Sachverhalte vergleichbar waren. Mit dem Urteil vom 17.1.1980 hob der BGH das Urteil des OLG Düsseldorf vom 28.12.1977 auf (Anm. 112).

Das OLG Düsseldorf hatte unmittelbar Vertragsbeziehungen zwischen dem Bauherrn und dem Bauhandwerker trotz Auftrag und Vollmacht im Baubetreuungsvertrag mit der Begründung verneint, nicht der Vertragswortlaut, sondern die wirtschaftlichen Gegebenheiten seien entscheidend. Diese bestünden darin, daß der Bauhandwerker nicht einzeln mit den Bauherren abgerechnet habe, sondern daß der Baubetreuer eine Gesamtrechnung entsprechend auf die Bauherren spezifiziert habe, sowie darin, daß die steuerlichen Gesichtspunkte nicht dafür sprächen, daß der Bauherr Vertragspartner des Bauhandwerkers sein sollte; denn die Vertragsparteien wollten mit den steuerlichen nicht wirklich auch die zivilrechtlichen Wirkungen, da die zivilrechtliche Gestaltung einerseits ein besonders großes Risiko mit sich brächte, andererseits aber nicht sicher eine Voraussetzung für den Steuervorteil schaffe. Ein weiterer beachtenswerter wirtschaftlicher Umstand sei nach Meinung des Gerichts in dem Risiko der doppelten Inanspruchnahme des Bauherren zu sehen. Schließlich entbinde eine Festpreisvereinbarung mit dem Baubetreuer den Bauhandwerker auch nicht von einer Abrechnungspflicht gegenüber dem Bauherren. Dieser Auffassung vermochte der BGH in seiner Revisionsentscheidung nicht zu folgen.

Ebenfalls bewußt in Gegensatz zur Rechtsansicht des BGH in dessen Urteil vom 18.11.1976 (Anm. 113) stellte sich das LG Arnsberg mit seiner Entscheidung vom 19.12.1977 (Anm. 114), indem es den Vertrag zwischen Bauherrn - vertreten durch den Baubetreuer - und Bauhandwerker als nichtig betrachtete, wobei es offenließ, ob diese Rechtsfolge aus

§ 116 Satz 2 BGB (geheimer Vorbehalt) oder aus § 117 Abs. 1 BGB (Scheingeschäft) herrühre. Das LG sah die zivilrechtliche Bevollmächtigung des Baubetreuers als nicht ernstlich gewollt an, da sie nur vorgeschoben sei, damit der Bauherr auch steuerrechtlich als Bauherr anerkannt werde.

Soweit das OLG Düsseldorf und das LG Arnsberg den Schutz des Bauherren dadurch zu erreichen versuchten, indem sie die Vollmachterteilung und die Festpreisvereinbarung als unwirksam erachteten, vermag dies rechtlich nicht zu überzeugen. Die Vertragsvereinbarungen waren klar, rechtlich unbedenklich und von den Vertragsparteien zivilrechtlich wirklich gewollt; sie sollten ja gerade die steuerliche Bauherreneigenschaft dokumentieren, damit die steuerlichen Vorteile ausgeschöpft werden konnten. Der Rechtsauffassung des BGH ist daher in vollem Umfang beizupflichten. Die Vereinbarung eines Festpreises zwischen Betreuer und Bauherrn steht nicht in einem unbedingten Widerspruch zu einer wirksamen Bevollmächtigung. Die Schwierigkeiten in diesem Zusammenhang lassen sich dadurch lösen, daß man die Festpreisabrede als Festpreisgarantie auffaßt, nach der der Betreuer verpflichtet ist, den Bauherrn im Innenverhältnis von über den Festpreis hinausgehenden Forderungen der Handwerker freizustellen, und wonach andererseits unmittelbar an die Bauhandwerker geleistete Zahlungen auf den mit dem Betreuer vereinbarten Festpreis angerechnet werden. Das finanzielle Risiko der Bauherren läßt sich nicht durch eine auf rein wirtschaftlichen Überlegungen beruhende Betrachtungsweise aus der Welt schaffen, sondern durch eine Unterwerfung des Baubetreuers (und ggf. des Treuhänders) unter die gewerberechtlichen Schutzvorschriften.

Das OLG Nürnberg setzte sich in der Entscheidung vom 15.6.1982 (Anm. 115) mit der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Baubetreuungsunternehmens enthaltenen Vollmachtsklausel auseinander.

Das Gericht hatte in diesem Fall, in dem ein Baubetreuungsunternehmen als Bevollmächtigter mehrerer Bauherren ein Haus zu einem Festpreis errichten sollte, die Klage eines Bauhandwerkers gegen die Bauherren auf Zahlung des Werklohns abgewiesen. Es begründete seine Entscheidung damit, daß - gleichgültig, ob das Baubetreuungsunternehmen namens der Bauherren den Bauhandwerker beauftragt hat oder nicht - die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Baubetreuungsunternehmens vorgesehene Bevollmächtigung durch die Bauherren unwirksam sei, weil hierdurch die Bauherren "entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen" benachteiligt würden (§ 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 AGBG). Denn trotz Festpreisabrede seien die Bauherren "der Gefahr einer Flut von unmittelbar gegen sie gerichteten Handwerkerforderungen ausgesetzt gewesen", die bei weitem den Festpreis übersteigen können, womit das Baubetreuungsunternehmen das Preisrisiko voll auf die Bauherren abgewälzt hätte.

Das OLG Nürnberg schätzt zwar das Vermögensrisiko der Bauherren richtig ein, übersieht aber bei der Begründung durch die unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 AGBG, daß jeder einzelne Bauherr einen Freistellungsanspruch auch gegen den Baubetreuer auf Erstattung der den Festpreis übersteigenden Handwerkerrechnungsbeträge hat (Anm. 116). Wenn sich der Freistellungsanspruch gegen den Baubetreuer infolge dessen Vermögenslosigkeit nicht oder nur teilweise realisieren läßt, ist dies das Bauherrenrisiko, daß der Bauherr um der steuerlichen Vorteile willen in Kauf zu nehmen hat. Dieses Risiko läßt sich jedoch durch die Anwendung der gewerberechtlichen Schutzbestimmungen erheblich mindern, wenn nicht gar ausschließen.

Nachdem die Ansicht des BGH zwar rechtlich überzeugt, ist der Schutz der Vermögenswerte der Bauherren jedoch noch nicht erreicht, denn deren Freistellungsanspruch gegen den Betreuer läßt sich gerade in den Fällen nicht mehr realisie-

ren, in denen der Betreuer vermögenslos ist. Im weiteren soll daher der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen der Betreuer (und auch der Treuhänder) als Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO qualifiziert werden kann.

Einige Stimmen in der Literatur halten Betreuer und Treuhänder im Rahmen eines Bauherrenmodells nicht für erlaubnispflichtig, während andere auf die Umstände des Einzelfalls abstellen.

Nach v. Heymann (Anm. 117) fallen weder der Baubetreuer noch der Treuhänder unter den Anwendungsbereich des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO, weil der Baubetreuer nur eine unterstützende Funktion ausübe und keine Verfügungsmacht über die Vermögenswerte der Bauherren habe, und weil der Treuhänder nicht betreut. Die gleiche Ansicht vertritt Maser (Anm. 118) und weist zudem darauf hin, daß der Bauherr nicht schützenswert sei, weil dieser bereits (Mit-)Eigentümer des Baugrundstückes sei. Auch Tewes (Anm. 119) lehnt die Anwendung des § 34c GewO ab, weil sowohl Baubetreuer als auch Treuhänder nur unterstützende Funktionen wahrnehmen und der Bauherr als (Mit-)Eigentümer des Baugrundstückes keinem so großen Vermögensrisiko ausgesetzt sei.

Brych (Anm. 120) hält den Baubetreuer wegen fehlender Verfügungsgewalt über die Gelder der Bauherren für nicht gewerbeerlaubnispflichtig, ist sich dessen aber ohne weitere Erläuterung nicht sicher. Ohne Fundstellenangabe zitiert Brych (Anm. 121) die herrschende Meinung, nach der der Betreuer des Bauherrenmodells Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO sei, "wenn er auch für fremde Rechnung tätig wird, also die Mittel des Bauherren erhält oder zu deren Verwendung ermächtigt wird". In diesem Fall habe der Betreuer die Absicherungspflicht gem. § 2 MaBV.

Nach Hofbauer (Anm. 122) unterliegt der Baubetreuer dann nicht oder nur teilweise den gewerberechtlichen Schutzvorschriften, wenn ein zwischengeschalteter Treuhänder echter Interessenvertreter der Bauherren ist und dieser im Verhältnis zum Betreuungsunternehmen nicht als "verbunden" im aktienrechtlichen Sinn anzusehen sei und darüber hinaus dem Baubetreuer die alleinige Verfügungsbefugnis und -möglichkeit über die Auftraggebermittel fehle.

Marcks (Anm. 123) unterscheidet hinsichtlich des Anwendungsbereichs des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO nach der Aufgabenverteilung zwischen Baubetreuer und Treuhänder.

Sofern die Meinungen in der Literatur die Baubetreuereigenschaft von Betreuer und Treuhänder ablehnen, kann dem nicht gefolgt werden. Die Begründungen der jeweiligen Ansichten lassen eine differenzierende Betrachtung vermissen und stellen fast ausschließlich auf die Kriterien der Vermögensverfügungsbefugnis und der Betreuungsfunktion ab: der Treuhänder betreut nicht selbst, sondern verwaltet lediglich im Rahmen der ihm erteilten Vollmachten die Rechte der Bauherren und überwacht den Betreuer.

Wegen der beträchtlichen Vermögensrisiken der Bauherren (doppelte Inanspruchnahme) darf aber der Anwendungsbereich des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO und der MaBV nicht dadurch umgangen werden, daß die darin umrissene Tätigkeit des Baubetreuers in mehrere Tätigkeitsbereiche aufgespalten und auf Betreuer und Treuhänder verteilt wird.

Da die Bauherren kaum die typischen Baubetreueraufgaben selbst wahrnehmen können und wollen, muß ein Verantwortlicher für die Durchführung des Bauvorhabens vorhanden sein. Es gilt daher, durch eine Betrachtung der Aufgabenbereiche auszuloten, wer dieser Verantwortliche ist; dies können entweder der Baubetreuer oder der Treuhänder oder aber auch

beide sein. Dabei ist das Augenmerk auch darauf zu richten, ob der Treuhänder unabhängiger Interessenvertreter der Bauherren ist oder im "Lager" des Betreuers steht (Anm. 124).

Die wesentlichen Aufgaben des Betreuers bzw. Treuhänders umfassen im Rahmen des Bauherrenmodells folgende Gebiete:

- a) Abschluß der Verträge mit Architekten, General(bau)unternehmer bzw. Generalübernehmer, Handwerkern, Finanzierungsvermittlern, Generalanmietern, Bürgen, Versicherungen usw., im Namen und für Rechnung der Bauherren,
- b) Beschaffung des Baugrundstücks und der Baufinanzierungsmittel,
- c) Abruf der Kredite,
- d) Verfügung über das Baukonto ohne Zustimmungserfordernis seitens der Bauherren,
- e) Rechnungslegung,
- f) Aufstellung und Überwachung eines Geldbedarfsplanes,
- g) Aufstellung von Wirtschaftlichkeitsberechnungen,
- h) Überwachung des Geldverkehrs.

Behält sich der Treuhänder wesentliche Aufgabengebiete (oben genannte Aufgaben a) bis e) einschließlich) selbst vor und verfolgt er dabei eigene wirtschaftliche Ziele, hat er eine Schlüsselstellung bei der Durchführung des Bauvorhabens inne und kann nicht als reiner Interessenvertreter der Bauherren bezeichnet werden. Der Betreuer übt dann nur noch eine unterstützende Funktion aus, etwa durch Erfüllung der oben genannten Aufgaben f) bis h), wobei der Treuhänder diesbezüglich den Betreuer meist auch noch kontrollieren kann.

Diese Tätigkeit des Treuhänders wirft die Frage auf, ob er als Baubetreuer das Bauvorhaben wirtschaftlich vorbereitet bzw. durchführt, denn dies ist ein Tatbestandsmerkmal des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO. Daß sich der Treu-

händer nicht Baubetreuer nennt, ist grundsätzlich für seine Qualifizierung als Baubetreuer im gewerberechtlichen Sinn unerheblich, da es nicht auf die von ihm gewählte formale Bezeichnung ankommt (Anm. 125), sondern allein auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, d.h., auf den objektiven Inhalt der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen und deren tatsächliches Erscheinungsbild. Ebenfalls nicht entscheidend ist, daß der Treuhänder nicht die eigentlichen mit der Bauerstellung zusammenhängenden technischen und wirtschaftlichen Aufgaben erfüllt, sondern hierfür die oben unter a) genannten Verträge für die Bauherren abschließt, da dies auch der Baubetreuer i.S.d. § 34c GewO darf.

Entscheidende Bedeutung kommt daher für die Anwendbarkeit der gewerberechtlichen Schutzvorschriften nur der Unterscheidung zu zwischen dem Treuhänder, der die Rechte der Bauherren wahrnimmt und verwaltet, und demjenigen Treuhänder, der aufgrund des Treuhandauftrages berechtigt und verpflichtet ist, alle Rechtsgeschäfte zu besorgen, die für die Durchführung des Bauvorhabens erforderlich sind. In dem letzteren Fall schuldet der Treuhänder wirtschaftlich gesehen nicht die technisch-körperliche Herstellung des Bauwerks, sondern die Abwicklung des gesamten Bauvorhabens durch den Abschluß entsprechender Verträge mit geeigneten Unternehmern und durch sachgemäße Koordination der Maßnahmen zur Ausführung des Bauvorhabens. Damit entspricht die Leistung des Treuhänders inhaltlich genau der des Baubetreuers i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO, so daß es gerechtfertigt ist, den so auftretenden Treuhänder auch den für den Baubetreuer geltenden Bestimmungen der MaBV zu unterwerfen. Dem Schutzzweck der MaBV kann auf diese Weise voll Rechnung getragen werden, der in erster Linie auf die Absicherung der Vermögenswerte der Auftraggeber/Bauherren vor Veruntreuungen abzielt. Hiernach hat der Treuhänder die Sicherungspflichten der §§ 2, 4 bis 14 MaBV zu beachten.

Soweit der Betreuer nur unterstützende Aufgaben in der oben geschilderten Weise wahrnimmt, ist seine Stellung im Bauherrenmodell von nur untergeordneter Bedeutung, so daß ihm nicht die Position eines Baubetreuers zuerkannt werden kann (Anm. 126). Er unterliegt damit weder § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO noch der MaBV.

Falls dagegen die Aufgabenbereiche gleichgewichtig auf Treuhänder und Baubetreuer verteilt sind und jeder von ihnen selbständig und eigenverantwortlich tätig wird, ohne daß der eine ein Kontroll- oder Mitspracherecht über den anderen hat, sind beide erlaubnis- und prüfungspflichtig. Bezüglich der einzuhaltenden Vorschriften der MaBV ist entscheidend, wer von beiden zur Ausführung des Auftrages Vermögenswerte des Auftraggebers erhält oder zu deren Verwendung ermächtigt wird; dieser hat dann auch die Absicherungspflichten gem. §§ 2, 4 bis 8 MaBV neben den allgemeinen Sicherungsvorschriften der §§ 9 bis 14 MaBV zu erfüllen, der andere dagegen nur die allgemeinen Sicherungsbestimmungen. Erhalten beide Vermögenswerte oder sind sie beide Verfügungsberechtigt, haben beide die §§ 2, 4 bis 14 MaBV einzuhalten.

In einer dritten Erscheinungsform ist der Treuhänder echter Interessenvertreter der Bauherren und nimmt unabhängig vom Betreuer deren Rechte wahr; dieser Treuhänder wird zumeist ein Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater sein. Während sich seine Tätigkeit i.d.R. auf die oben genannten Aufgaben a) und d) beschränkt, obliegen dem Betreuer die für die Durchführung des Bauvorhabens wesentlichen Aufgabengebiete b), c), e) bis h), so daß er als der für die Abwicklung des Bauvorhabens Verantwortliche angesehen werden muß. Der Betreuer bedarf damit der Gewerbeerlaubnis und hat auf die Einhaltung der §§ 9 bis 14 MaBV zu achten; er hat dagegen nicht die vermögensbezogenen Vorschriften der §§ 2, 4 bis 8 MaBV zu erfüllen, da er weder Vermögenswerte der Auftraggeber erhält noch zu deren Verwendung ermächtigt ist.

Diese Befugnis steht ausnahmslos dem Treuhänder zu, der die Finanzierungsmittel der Bauherren unmittelbar an die mit der Bauausführung beauftragten Unternehmer und Handwerker weiterleitet. Sowohl diese Tätigkeit als auch der Abschluß aller erforderlichen Verträge im Namen der Bauherren fallen in den Bereich echter Treuhandaufgaben und nicht in den der Baubetreueraufgaben, so daß hierfür eine Gewerbeerlaubnis nicht erforderlich ist.

Unabdingbare Voraussetzung für die Nichtanwendung der GewO und der MaBV auf den Treuhänder ist aber, daß dieser mit dem Betreuer nicht verbunden i.S.d. §§ 15 ff. AktG ist, denn dies hätte zur Folge, daß der Treuhänder wegen der Verflechtung mit dem Betreuer nicht als unabhängiger Interessenvertreter der Bauherren gelten kann. Im Falle solcher Verbundenheit wird man bei allen drei Erscheinungsformen den Treuhänder dem Erlaubniszwang und den jeweils anzuwendenden Vorschriften der MaBV unterwerfen müssen, um dem gewerberechtlichen Schutzzweck Rechnung zu tragen.

Gleichermaßen würde der Schutzzweck des § 34c GewO und der MaBV unterlaufen werden, wenn ein Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater als Treuhänder fungiert und gleichzeitig zu dem Betreuer als seinem Mandanten in einem dauernden Beratungsverhältnis steht (Anm. 127). Abgesehen von berufs- oder standesrechtlichen Bedenken besteht ein Interessenkonflikt des Treuhänders, da er zwei Herren zu dienen hätte: dem Bauherrn als dessen Treuhänder und echter Interessenvertreter und dem Betreuer aufgrund des Mandatsverhältnisses. Da aber Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater sich grundsätzlich nicht gewerblich betätigen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 GewO) und von daher § 34c GewO mit der MaBV nicht zum Zuge kommt, bietet sich als Lösung nur an, in diesen Fällen dem Betreuer ausnahmslos die Erlaubnispflicht und die Einhaltung der §§ 2, 4 bis 14 MaBV aufzuerlegen.

Hierbei wie auch bei jeder anderen Treuhandtätigkeit der in § 6 Abs. 1 Satz 1 GewO genannten Personen ist allerdings zu bedenken, daß nur dann kein Gewerbe betrieben wird, soweit die in § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO genannte Tätigkeit noch ihrem Berufsbild zuzurechnen ist (Anm. 128). Da als Treuhänder meistens Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer auftreten, wird deren Tätigkeit nachfolgend wegen der Abgrenzung berufs- und standesrechtlich zulässiger Treuhandtätigkeit einerseits und gewerblicher Treuhandtätigkeit andererseits untersucht.

Nach § 3 Abs. 1 BRAO ist ein Rechtsanwalt der berufene unabhängige Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten; die Betätigung als (Verwaltungs-)Treuhandler ist hierdurch nicht ausgeschlossen und unter Beachtung besonderer Sorgfaltspflichten möglich (Anm. 129).

Gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG ist die treuhänderische Tätigkeit einem Steuerberater erlaubt, mit dessen Beruf die Verwaltung fremden Vermögens und die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten vereinbar sind (Anm. 130); eine gewerbliche Tätigkeit ist mit seinem Beruf gem. § 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG nicht vereinbar.

Mit dem Beruf eines Wirtschaftsprüfers ist gem. § 43 Abs. 4 Nr. 4 WPO die treuhänderische Verwaltung vereinbar; in Ausnahmefällen kann die Wirtschaftsprüferkammer eine ausschließliche Tätigkeit in einem Treuhandverhältnis mit dem Beruf des Wirtschaftsprüfers für vereinbar erklären, wenn sie nur vorübergehende Zeit dauert. Diese Ausnahmegenehmigung wird die Wirtschaftsprüferkammer wohl nur dann erteilen, wenn die Tätigkeit nicht gewerblich ist, die mit dem Beruf eines Wirtschaftsprüfers gem. § 43 Abs. 3 Nr. 1 WPO nicht vereinbar wäre.

Die Treuhandtätigkeit im Rahmen eines Bauherrenmodells kann

möglicherweise eine gewerbliche Tätigkeit sein. Es kann aber nicht umgekehrt aus der Erwähnung der Treuhandtätigkeit als mit der freiberuflichen Tätigkeit der Berufsträger vereinbar geschlossen werden, daß damit auch die Treuhandtätigkeit kraft Gesetzes zur nicht gewerblichen Tätigkeit erklärt ist. Die Fassung der Berufsordnungen spricht vielmehr dafür, daß den Freiberuflern eine bestimmte, möglicherweise gewerbliche Tätigkeit gestattet werden soll, ohne daß sie mit standesrechtlichen Vorschriften in Konflikt geraten.

Eine Treuhandtätigkeit ist dann als gewerblich anzusehen, wenn sie regelmäßig fortgesetzt, auf Gewinnerzielung gerichtet und selbständig ist (Anm. 131). Die Definition im Steuerrecht - § 1 GewStDV, § 15 EStG u.a. - kann hier nicht herangezogen werden, da hinsichtlich des Gewerbebegriffs wegen der verschiedenen Zwecke der Steuergesetze Abweichungen bestehen (Anm. 132). Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer erbringen grundsätzlich Dienstleistungen höherer Art, da sie kein Gewerbe ausüben (Anm. 133); dies gilt jedoch nur insoweit, als sich ihre Tätigkeit auf die Wahrnehmung der berufstypischen Aufgaben beschränkt, die in den Berufsordnungen festgelegt sind.

Da die Treuhandtätigkeit aber nicht unbedingt als Dienstleistung höherer Art angesehen werden muß, ist sie grundsätzlich als gewerblich einzustufen. Bezogen auf die Annexstätigkeit eines Freiberuflers ist seine treuhänderische Betätigung nur dann von gewerberechtlichen Vorschriften freigestellt, wenn ihr nur untergeordnete Bedeutung zuzumessen ist (Anm. 134) und nur den Charakter einer Nebenleistung zu seiner berufstypischen Tätigkeit trägt; danach bedarf ein freiberuflicher Treuhänder keiner Erlaubnis nach § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO. Stellt die gewerbliche Treuhandtätigkeit dagegen eine eigenständige, von der berufstypischen Tätigkeit abgrenzbare Wahrnehmung von solchen Aufgaben dar, oder macht sie sogar das Schwergewicht seiner gesamten Tä-

tigkeit aus bzw. gibt sie ihr das Gepräge, ist der Freiberufler als Baubetreuer mit entsprechender Erlaubnis- und Prüfungspflicht zu betrachten. Würde die Erlaubnispflicht nur bei einer ausschließlichen oder überwiegenden Treuhand- tätigkeit bejaht werden, liefe diese Beschränkung dem Norm- zweck der gewerberechtlichen Schutzvorschriften zuwider, denn die Vermögensrisiken der Bauinteressenten bestehen in jedem einzelnen Fall.

Im Hinblick auf die Vermögensrisiken der Bauherren soll schließlich noch darauf hingewiesen werden, daß die als Bau- betreuer einzustufende Person die erhaltenen bzw. verwen- deten Vermögensmittel nicht wie ein Bauträger gem. § 3 Abs. 2 MaBV in Form von dem jeweiligen Bautenstand entsprechenden Ratenbeträgen abzusichern hat, sondern allein nach § 2 MaBV durch eine Versicherung oder Bürgschaft; im Abruf der Vermö- gensmittel ist der Baubetreuer an eine bestimmte Höhe zu be- stimmten Bautenständen nicht gebunden. Allerdings hat der Baubetreuer die Mittel jeweils für das dem einzelnen Bauher- ren gehörende Objekt zu verwenden (§ 4 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 MaBV).

Soweit die Prüfer II, V, IX und X die Erlaubnis- und Prü- fungspflicht von Betreuern und Treuhändern generell ableh- nen, kann dem nach den obigen Ausführungen nicht gefolgt werden; es ist vielmehr eine Beurteilung im Einzelfall von- nöten, wie sie die Prüfer I, III, IV, VI und VIII anstellen. Hierzu sind die jeweiligen Treuhand- bzw. Betreuerverträge heranzuziehen, aus denen der Umfang einer Baubetreuertätig- keit abgelesen werden kann.

3. Teil Inhalt der Prüfung

1 Begriffsklärung, Prüfungsauftrag und Prüfer

1.1 Die Prüfung gem. § 16 MaBV

1.1.1 Die jährliche Prüfung

Bauträger und Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO haben gem. §§ 1 und 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV auf ihre Kosten die Einhaltung der sich aus §§ 2-14 MaBV ergebenden Verpflichtungen für jedes Kalenderjahr, spätestens bis zum 30. September des darauffolgenden Jahres, durch einen geeigneten Prüfer prüfen zu lassen und der zuständigen Behörde den Prüfungsbericht unverzüglich nach dessen Erstellung zu übermitteln. Dieser Prüfungsbericht muß einen Vermerk darüber enthalten, ob Verstöße des Gewerbetreibenden gegen diese Vorschriften festgestellt worden sind. Ist dies der Fall, so sind die Verstöße in dem Vermerk festzuhalten. Diesen Vermerk hat der Prüfer unter Angabe von Ort und Datum zu unterzeichnen.

Die Verfassungsmäßigkeit der Pflichtprüfung nach § 16 MaBV hat das BVerwG in seiner Entscheidung vom 14.12.1982 (Anm. 135) bestätigt.

Die Prüfungspflicht besteht unabhängig davon, ob der Gewerbetreibende eine entsprechende Erlaubnis i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO hat. Ist er im Besitz einer solchen Erlaubnis und hat er sich während des Prüfungszeitraums nicht einschlägig betätigt, bestehen unterschiedliche Auffassungen in der Literatur über das Fortbestehen der Prüfungspflicht (Anm. 136). Einigkeit besteht jedoch darüber, daß der Gewerbetreibende den entsprechenden Sachverhalt der Behörde schriftlich mitzuteilen hat, die dann über etwa notwendige Maßnahmen zu entscheiden hat (Anm. 137). Das AG Bielefeld

hatte in einem bislang wohl nicht veröffentlichten Beschluß vom 19.2.1979 (Anm. 138) festgestellt, daß ein Gewerbetreibender i.S.d. § 34c Abs. 1 GewO solange einen jährlichen Prüfungsbericht vorlegen muß, als er sein Gewerbe nicht abmeldet. In dem entschiedenen Fall hatte der Gewerbetreibende der zuständigen Behörde jedoch nicht mitgeteilt, daß er keine einschlägigen Geschäfte getätigt hatte. Im Interesse des Auftraggeberschutzes ist daher zumindest für eine Kontrollmöglichkeit der Behörden eine entsprechende Mitteilung zu verlangen.

1.1.2 Die außerordentliche Prüfung

Wie die jährliche Prüfung ist auch die außerordentliche Prüfung gem. § 16 Abs. 2 MaBV eine Pflichtprüfung. Sie unterscheidet sich von der jährlichen Prüfung dadurch, daß die Behörde und nicht der Gewerbetreibende selbst einen Prüfer mit ihrer Durchführung beauftragt. Sie darf nur aus besonderem Anlaß angeordnet werden, z.B., wenn nach Eingang des Berichtes über die jährliche Prüfung Anlaß zu der Annahme besteht, daß der Gewerbetreibende nicht mehr die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt oder wenn der Prüfungsbericht offensichtlich nicht den Anforderungen der Vorschrift des § 16 Abs. 1 MaBV genügt. Diese Prüfung hat zur Folge, daß der Gewerbetreibende in einem Jahr zweimal geprüft wird und auch zweimal die entstehenden Kosten zu tragen hat.

Ansonsten verfolgt diese Prüfung die gleichen Ziele wie die jährliche Prüfung. Im Rahmen der Befragung ergab sich, daß die Bedeutung dieser Prüfung in der Praxis gering ist, da sie äußerst selten angeordnet wird.

1.2 Der Prüfungsauftrag und die geeigneten Prüfer

1.2.1 Prüfungsauftrag

Für die jährliche Prüfung gem. § 16 Abs. 1 MaBV liegen die Auswahl eines geeigneten Prüfers, die Auftragserteilung und die Honorierung in der Verantwortung des Gewerbetreibenden. Der Ordnungsgeber räumt den Prüfungspflichtigen also ein beschränktes Wahlrecht hinsichtlich des Prüfungsorgans ein, wobei die Beschränkung durch § 16 Abs. 3 MaBV eintritt. Die Vorschrift legt fest, welche Prüfer geeignet und damit prüfungsberechtigt sind.

Bei der außerordentlichen Prüfung gem. § 16 Abs. 2 MaBV erfolgen Auswahl und Beauftragung des Prüfers durch die Behörde, wodurch jegliche Einflußnahme des Prüfungspflichtigen unterbunden werden soll.

1.2.2 Geeignete Prüfer gem. § 16 Abs. 3 MaBV

Nach § 16 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 MaBV kommen als Prüfer für Wohnungsunternehmen nur in Betracht:

1. Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Wirtschaftsprüfungs- und Buchprüfungsgesellschaften
2. Prüfungsverbände, sofern sie den folgenden Voraussetzungen genügen:
 - a) Zu ihrem gesetzlichen oder satzungsgemäßen Zweck muß die regelmäßige und außerordentliche Prüfung ihrer Mitglieder gehören.
 - b) Mindestens einer ihrer gesetzlichen Vertreter muß Wirtschaftsprüfer sein.
 - c) Bei genossenschaftlichen Prüfungsverbänden soll gem. § 16 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 lit. b MaBV i.V.m. § 63b Abs. 5 GenG dem Vorstand mindestens ein Wirtschaftsprüfer angehören. Ist dies nicht der Fall, so ist ein Wirtschaftsprüfer gem. § 30 BGB

als besonderer Vertreter des Prüfungsverbandes zu bestellen. In Ausnahmefällen kann die für die Erteilung des Prüfungsrechts zuständige Behörde den Prüfungsverband von der Einhaltung der vorgenannten Bestimmungen befreien.

- d) Liegen b) oder c) nicht vor, sind Prüfungsverbände geeignet gem. § 16 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. c MaBV, wenn sie sich für ihre Prüfungstätigkeit der unter Nr. 1 (s.o.) genannten Personen oder Gesellschaften bedienen.

Der Verordnungsgeber hat also Personen, die schon aufgrund anderer Rechtsvorschriften prüfungsberechtigt sind, für prüfungsg geeignet i.S.d. MaBV erklärt. Ein eigenes Zulassungsverfahren für Prüfungen nach der MaBV besteht damit nicht.

Die Eignung als Prüfer i.S. dieser Vorschrift ist jedoch der Behörde ggf. nachzuweisen. Sofern ein Gewerbetreibender die Prüfung von einem nicht geeigneten Prüfer hat durchführen lassen oder die Behörde die Eignung des Prüfers nicht anerkennt, kann sie den Prüfungspflichtigen dazu anhalten, den Prüfungsauftrag einem i.S. von § 16 Abs. 3 MaBV geeigneten Prüfer zu erteilen. Gegebenenfalls kann sie eine außerordentliche Prüfung anordnen (Anm. 139).

1.3 Rechte und Pflichten der an der Prüfung Beteiligten

1.3.1 Die Anwendbarkeit aktienrechtlicher Vorschriften

§ 17 MaBV regelt sowohl die Rechte als auch die Pflichten der Prüfungspflichtigen und der Prüfer und hat seine Begründung in dem Zweck der Prüfung und in dem durch die Bestellung des Prüfers entstandenen Vertrags- und Treueverhältnis. Es handelt sich um eine den §§ 165 ff AktG nachgebildete Vorschrift (Anm. 140). Dies läßt offen, ob die Nachbildung neben der formellen Ähnlichkeit auch den materiellen Gehalt

der aktienrechtlichen Vorschriften ganz oder teilweise besitzt. Diese Frage ist deshalb zunächst zu klären, um die Anwendbarkeit des AktG auf diese Prüfung zu bestimmen.

Aus dem Vergleich von

<u>§ 17 Abs. 1 Satz 1 u. 2 MaBV</u>	und	<u>§ 165 Abs. 1 und 2 AktG</u>
... die Einsicht		... gestatten zu prüfen
zu gestatten		
... die der Prüfer für		... welche für eine sorg-
eine sorgfältige Prüfung		fältige Prüfung notwendig
benötigt ...		sind ...

kann gefolgert werden, daß in der MaBV die Person des Prüfers betont wird (personelles Moment), während im AktG die Betonung auf dem Institut der (aktienrechtlichen) Jahresabschlußprüfung liegt (institutionelles Moment). Daraus könnte geschlossen werden, daß die Rechte des Prüfers nach der MaBV als weiterreichend anzusehen sind, als dies im AktG der Fall ist. Die Rechte des Abschlußprüfers nach § 165 AktG finden ihre Grenze in dem Zweck der Prüfung, die Gesetzes- und Ordnungsmäßigkeit von Buchführung, Jahresabschluß und Geschäftsbericht festzustellen (Anm. 141). Der Prüfer nach § 16 MaBV soll die ordnungsmäßige Erfüllung der durch die §§ 2-14 MaBV vorgeschriebenen Tätigkeiten und Verfahrensweisen feststellen; da seine Beurteilung aber die Grundlage einer behördlichen Entscheidung über die Zuverlässigkeit einer Person ist, sind die sachbezogenen aktienrechtlichen Vorschriften nur bedingt auf die personenbezogenen gewerberechtlichen Bestimmungen anwendbar.

1.3.2 Pflichten des Gewerbetreibenden

§ 17 Abs. 1 MaBV verlangt von dem Prüfungspflichtigen Handlungen und Duldungen. Er hat nach Satz 1 die Einsichtnahme des Prüfers in Bücher, Aufzeichnungen und Unterlagen zu ge-

statten (Duldungspflicht). Anders als im Aktienrecht werden die Begriffe "Aufzeichnungen" und "Unterlagen" in materiel-
ler und formeller Weise durch die Vorschrift selbst konkre-
tisiert (Anm. 142). Durch Satz 2 wird der Gewerbetreibende
verpflichtet, dem Prüfer die für eine sorgfältige Prüfung
notwendigen Aufklärungen und Nachweise zu geben (Mitwir-
kungspflicht). Dieser Sachverhalt tritt ergänzend, aber in
der Bedeutung gleichrangig neben die Bestimmung des Sat-
zes 1. Betrachtet man Aufklärungen und Nachweise als Erklä-
rungen oder Beibringung von Unterlagen schriftlicher und
mündlicher Art hinsichtlich Einzelfragen, Zweifelsfragen und
Widersprüchen (Anm. 143), so ist diese Definition dahinge-
hend ergänzungsbedürftig, daß der Bezugsrahmen der Auskünfte
festgelegt wird. Es bieten sich eine enge (I) und eine weite
(II) Auslegung an:

- I Aufklärungen und Nachweise betreffen alles, was der
Klarstellung und Erläuterung der Aufzeichnungen und
Unterlagen dient, die der Prüfungspflichtige durch
gewerberechtliche Vorschriften vorzunehmen und zu
führen hat (Anm. 144).
- II Aufklärungen und Nachweise umfassen alle betriebsin-
ternen und betriebsexternen Vorgänge.

Entsprechend der oben genannten Ansicht, daß die Rechte des
Prüfers nach § 17 MaBV im Vergleich zum Jahresabschlußprüfer
als weiterreichend angesehen werden könnten, ist nun eine
weite und flexible Auslegung des Auskunftsrechts möglich,
mit der Folge, daß der Prüfer durch die "Generalmächti-
gung" des § 17 Abs. 1 Satz 2 MaBV Einblick in alle Unterneh-
mensbereiche gewinnen kann.

1.3.3 Pflichten des Prüfers

Die in § 17 Abs. 2 MaBV gewählte Formulierung ist mit Aus-
nahme zweier Auslassungen mit der Vorschrift des § 168
Abs. 1 AktG identisch. Nicht in die MaBV aufgenommen wurde

die Einbeziehung von Gehilfen des Prüfers und von gesetzlichen Vertretern einer Prüfungsgesellschaft (Anm. 145). Die Auslassungen sind jedoch unbeachtlich, da die gesetzlichen Vertreter einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft gem. § 56 i.V.m. § 43 Abs. 1 WPO ohnehin den gleichen Pflichten wie ein Wirtschaftsprüfer unterliegen (Anm. 146) und die Gehilfen des Prüfers nach § 50 WPO zur Verschwiegenheit zu verpflichten sind.

Der Prüfer ist zur gewissenhaften und unparteiischen Prüfung verpflichtet und hat darüber hinaus dem Prüfungspflichtigen gegenüber eine Treuepflicht. Die Vorschrift stellt somit hinsichtlich der Wirtschaftsprüfer und der vereidigten Buchprüfer einen Ausschnitt aus den Verpflichtungen dar, denen der Prüfer aufgrund der WPO unterliegt (Anm. 147); zur inhaltlichen und umfänglichen Erläuterung der Prüferpflichten kann deshalb auf die genannten Quellen verwiesen werden. Die Nennung der Kriterien "Gewissenhaftigkeit", "Unparteilichkeit" und "Verschwiegenheit" ist nur deshalb von Bedeutung, da die Schadensersatzansprüche, die der Prüfungspflichtige bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Pflichtverletzung des Prüfers geltend machen kann, vom Grunde her definiert werden. Für die Prüfer, die nicht Wirtschaftsprüfer oder vereidigte Buchprüfer sind und gem. § 16 Abs. 3 Satz 2 MaBV zur Prüfung bestimmter Gewerbetreibender zugelassen sind, zeigt die Vorschrift die aufgrund fehlender oder unterschiedlicher berufsrechtlicher Bestimmungen erforderlichen Grundsätze.

Zu beachten ist darüber hinaus, daß für die Berufsausübung der Wirtschaftsprüfer die Verlautbarungen (Fachgutachten und Stellungnahmen) des Institutes der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. zwingend zu beachten sind (Anm. 148).

1.4

Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfungspflichtigen

Ein etwaiges Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Prüfer und dem Gewerbetreibenden ist angesprochen in der Ermächtigungsgrundlage des § 34c Abs. 3 Satz 2 GewO, wurde aber vom Verordnungsgeber nicht aufgenommen und ist in der MaBV nicht geregelt.

Die Anlässe für abweichende Meinungen werden meist darin bestehen, daß ein Gewerbetreibender die ihm auferlegten Pflichten im Grunde anerkennt und beachtet, ihre praktische Anwendung jedoch nach eigenem, ihm ausreichend und tauglich erscheinenden Verfahren erfolgt. Die umfangreichen Dokumentations- und Archivierungspflichten beispielsweise können bei mangelhafter Büroorganisation zu erheblichen Arbeitsmehrbelastungen führen, die den Gewerbetreibenden unter dem Druck dieser Belastungen und Kosten auch andere, in Wahrheit unzureichende Verfahren als ausreichend erscheinen lassen.

Die Meinungsverschiedenheit sollte der Prüfer kraft fachlicher Autorität zu lösen versuchen, indem er den Prüfungspflichtigen auf die Mängel der vorgefundenen Methoden hinweist und ihn bei der Lösung berät. Wird jedoch erkenntlich, daß der Gewerbetreibende sich den Vorschlägen des Prüfers ohne berechtigten (sachlichen) Grund widersetzt, bleibt dem Prüfer nur der gesetzlich vorgesehene Weg, über die Berichtserstattung auf den Unternehmer Einfluß zu nehmen und seine Vorstellungen durchzusetzen.

Gegenstand der Prüfung

Gegenstand der Prüfung ist gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV die Einhaltung der sich aus §§ 2-14 MaBV ergebenden Pflichten. Wegen der fehlenden Verweisung in § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV auf § 1 MaBV ist nicht zu prüfen, ob das Wohnungsunternehmen im Besitze einer entsprechenden Erlaubnis ist; hierdurch soll erreicht werden, daß sich nicht nur der Inhaber einer Erlaubnis prüfen lassen muß, sondern jeder Gewerbetreibende, der eine Tätigkeit i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO ausübt. Jedoch sollte der Prüfer in seinem Bericht auf das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Erlaubnis hinweisen, um der Behörde ein abgerundetes Bild zu liefern (Anm. 149).

Der private und der hoheitliche Bereich

Der Verordnungsgeber verfolgt mit dieser Prüfung zwei Ziele:

1. Vermögenswerte der Auftraggeber sollen vor vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlungen des Gewerbetreibenden oder seiner Dienstverpflichteten geschützt werden.
2. Die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden soll durch die Behörde festgestellt werden können.

Diesen Zielsetzungen zufolge ist die Unterscheidung zweier Bereiche möglich:

1. Der private Bereich umfaßt das Verhältnis zwischen Wohnungsunternehmen und Auftraggeber, welches im Rahmen dieser Verordnung durch die Sicherung der Vermögenswerte bestimmt wird. Dieses Ziel soll durch Kombination von direkter, d.h., finanzwirtschaftlicher, und indirekter, d.h., informatorischer, Vermögenssicherung erreicht werden.
2. Der hoheitliche Bereich umfaßt das durch den Beurteilungsaspekt bestimmte Verhältnis zwischen Wohnungsunternehmen und Behörde.

Die folgende Abbildung zeigt, wie die einzelnen Vorschriften der §§ 2-14 MaBV diesen Bereichen zugeordnet werden können.

BEREICH	PRIVAT		HOHEITLICH
ZIEL	VERMÖGENSSICHERUNG direkte indirekte		INFORMATION DER BEHÖRDE
VORSCHRIFT	§ 2 Sicherheitsleistung, Versicherung	§ 8 Rechnungslegung	§ 9 Anzeigepflicht
	§ 3 Besondere Sicherungspflichten für Bau-träger	§11 Informati-onspflicht	§10 Buchführungspflicht
	§ 4 Verwendung von Vermö-genswerten	§12 Unzuläs-sigkeit abwei-chender Verein-barungen	§13 Inseratensammlung
	§ 5 Hilfspers-sonal		§14 Aufbewahrung
	§ 6 Getrennte Vermögens-verwaltung		
	§ 7 Ausnahmen		
	§12 Unzuläs-sigkeit abwei-chender Verein-barungen		

Abb. 3

Die Verpflichtungen sollen im folgenden nicht inhaltlich umfassend beschrieben und kommentiert werden. Es kann dazu auf die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zu § 34c GewO und zur MaBV verwiesen werden. Es soll vielmehr versucht werden, die Bestimmungen in Ihren Grundzügen darzustellen und ihr Zusammenwirken unter den genannten Gliederungsgesichtspunkten aufzuzeigen.

2.2 Sicherung von Vermögenswerten der Auftraggeber

2.2.1 Direkte Sicherung

Der Ordnungsgeber unterscheidet hinsichtlich der Art und des Umfangs der zu erbringenden Sicherheitsleistungen zwischen

- Baubetreuern, die zur Ausführung ihres Auftrags Vermögenswerte erhalten
oder
zur Verwendung von Vermögenswerten ermächtigt werden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 HS 2 MaBV)
(Gruppe 1),
- Bauträgern, die dem Auftraggeber Eigentum an einem Grundstück übertragen oder ein Erbbaurecht bestellen oder übertragen sollen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 HS 2 MaBV)
(Gruppe 2).

Gewerbetreibende der Gruppe 1 müssen Sicherheiten nach § 2 MaBV leisten. Dies ist nur durch Stellung eines Bürgen oder durch Abschluß einer geeigneten Versicherung möglich. Die Modalitäten (Zeitpunkt, Höhe und Dauer) der Versicherung sowie die Art der abzusichernden Ansprüche sind durch die Verordnung geregelt. Der Gewerbetreibende hat die Wahl, ob die Verpflichtungen durch eine Bürgschaft oder eine Versicherung oder durch beides erfüllt werden sollen. Im Falle einer Versicherung besteht die Möglichkeit, Einzel- oder Sammelpolicen abzuschließen.

Die Gewerbetreibenden der Gruppe 2 müssen keine Sicherheitsleistungen gem. § 2 MaBV erbringen. Vielmehr müssen vor Entgegennahme von Vermögenswerten oder der Ermächtigung zur Verwendung solcher Vermögenswerte vier Bedingungen erfüllt sein:

- Rechtswirksamkeit des Vertrags, der keine vertraglichen Rücktrittsrechte für den Bauträger enthält,
- Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Grundbuch zugunsten des Auftraggebers,
- gesicherte Freistellung des Vertragsobjekts von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen oder nicht übernommen werden sollen und
- Vorliegen der Baugenehmigung.

Nach § 3 Abs. 2 MaBV darf die Abrufung der Vermögenswerte nur entsprechend dem Baufortschritt zu einheitlich festgelegten Höchstsätzen erfolgen. Bauträger, die Vermögenswerte von Mietern, Pächtern oder sonstigen Nutzungsberechtigten entgegnehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen, unterliegen hinsichtlich der Inanspruchnahme der Vermögenswerte besonderen Verpflichtungen.

Weitere Maßnahmen zur direkten Sicherung stellen die Vorschriften der §§ 4, 5 und 6 MaBV dar, durch die sichergestellt werden soll, daß

- Vermögenswerte nur objektbezogen verwendet werden, d.h., nur zur Begleichung der Kosten verwendet werden, die mit dem Bauvorhaben im Zusammenhang stehen (§ 4 MaBV);
- die Einhaltung der Vorschriften der §§ 2, 3, und 4 MaBV auch bei Personen gewährleistet ist, die der Gewerbetreibende mit der Entgegennahme und Verwendung von Vermögenswerten beauftragt (§ 5 MaBV);
- tatsächlich erhaltene Vermögenswerte vom Gewerbetreibenden, getrennt von seinem oder dem Vermögen anderer,

verwaltet werden (§ 6 MaBV; die Absätze 2 und 3 schreiben die hierzu erforderlichen Maßnahmen für Geld bzw. Scheck und Wertpapiere vor).

Durch § 7 MaBV wird Bauträgern und Baubetreuern die Möglichkeit eingeräumt, sich unter bestimmten Voraussetzungen von den Verpflichtungen der §§ 2 bzw. 3, 4-6 MaBV zu befreien. Bauträgern ist dies durch Beibringung einer Bürgschaft möglich, die sicherstellt, daß im Falle einer teilweisen oder vollständigen Nichterfüllung der Auftraggeber seine Vermögenswerte zurückerhält. Von jeder Sicherheitsleistungspflicht ist gem. § 7 Abs. 2 MaBV ein Wohnungsunternehmen befreit, wenn der Auftraggeber eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein in das Handelsregister oder Genossenschaftsregister eingetragener Kaufmann ist und in einer gesonderten Urkunde auf die Anwendung der Bestimmungen der §§ 2-6 MaBV verzichtet wird. Der Grund für diese Befreiungsmöglichkeit liegt darin, daß man diesen Auftraggebern ausreichende Sach- und Branchenkenntnisse unterstellt und sie deshalb nicht in den Kreis der Schutzbedürftigen einbezieht. § 12 MaBV bestimmt abschließend, daß die bisher genannten Verpflichtungen durch vertragliche Vereinbarungen weder ausgeschlossen noch beschränkt werden dürfen.

2.2.2 Indirekte Sicherung

Es wird hierbei auf das Informationsbedürfnis des Auftraggebers vor Erteilung und nach Beendigung des Auftrages abgestellt. Nach § 11 MaBV hat der Gewerbetreibende dem Auftraggeber bis spätestens zur Auftragsannahme schriftlich und in deutscher Sprache über die in § 10 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4 MaBV festgelegten Angaben zu informieren. Ab diesem Zeitpunkt sind nur noch solche Angaben zu machen, die durch die Art des Auftrags und den jeweiligen Stand der Verhandlungen bedingt sind. Nach Beendigung des Auftrags ist dem Auftraggeber gem. § 8 MaBV Rechnung über die Verwendung der Vermö-

genswerte zu legen. Diese Verpflichtung entfällt nur dann, wenn ein schriftlicher Verzicht nach Auftragsbeendigung vorliegt oder die Leistung zu einem Festpreis zu erbringen war. Durch den Verweis auf die Vorschrift des § 259 BGB werden Art und Umfang der Rechnungslegung konkretisiert:

- eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben (= Rechnung);
- die Vorlage von Belegen, soweit sie üblicherweise gegeben werden.

Ein vertraglicher Ausschluß bzw. eine Beschränkung dieser Bestimmung ist nach § 12 MaBV nicht zulässig.

3

Prüfungsdurchführung

Wie bereits oben unter 1.3.3 erwähnt, haben die mit der Prüfung gem. § 16 MaBV i.V.m. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO beauftragten Prüfer bei der Durchführung von Prüfungen allgemein die einschlägigen Fachgutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer, hier insbesondere das Fachgutachten 1/1977: "Grundsätze ordnungsmäßiger Durchführung von Abschlußprüfungen" (Anm. 150), zu beachten. Darüber hinaus sind für sie berufsrechtlich bindend die Stellungnahmen der einzelnen Fachausschüsse des Instituts der Wirtschaftsprüfer, für den Bereich dieser Prüfung vor allem die Stellungnahme des Wohnungswirtschaftlichen Fachausschusses (WFA) "Zur Prüfung Gewerbetreibender i.S.d. § 34c Abs. 1 der GewO gem. § 16 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV)" (Anm. 151). Nach den allgemeinen Grundsätzen gehören zu den Elementen einer ordnungsgemäßen Prüfung u.a. ein planvolles Vorgehen (Anm. 152) und eine solche Bemessung der Prüfungshandlungen nach Art und Umfang, daß eine sichere Beurteilung des Prüfungsgegenstandes möglich ist (Anm. 153).

3.1

Der Informationsprozeß

Durch den Informationsprozeß gilt es, die eigentlichen Prüfungshandlungen durch Auswahl, Auffinden und Bereitstellung von erforderlichen Informationen vorzubereiten.

3.1.1

Art der getätigten Geschäfte

Wegen der unterschiedlichen Sicherungsvorschriften ist zunächst zu prüfen, welche der in § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO genannten Tätigkeiten der Gewerbetreibende ausgeübt hat und inwieweit diese Tätigkeiten durch die vorliegende oder als erteilt geltende Erlaubnis nach § 34c GewO, soweit eine solche überhaupt vorliegt, abgedeckt sind. Dies erfolgt zweckmäßigerweise durch Begutachtung aller vom Gewerbetrei-

benden verwendeten Vertragsmuster (Anm. 154), da die Sicherheit der so getroffenen Feststellungen größer ist als im Falle einer bloßen Auskunft durch den Gewerbetreibenden.

3.1.2 Verwendungsmöglichkeit des betrieblichen Rechnungswesens

Zu den wesentlichen Feststellungen innerhalb des Informationsprozesses wird die Verwendungsmöglichkeit des betrieblichen Rechnungswesens für die gewerberechtliche Prüfung gehören. Unabhängig von der Rechtsform unterliegt das Wohnungsunternehmen den Buchführungsvorschriften des Gesetzes zur Sicherung von Bauforderungen (Anm. 155) und den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung. Dazu kommen die rechtsformabhängigen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften des Handelsrechts.

Das Gesetz zur Sicherung von Bauforderungen verlangt die Führung eines Baubuches, das bei ordnungsmäßiger Führung weitgehend die gleichen Daten enthalten muß, wie es die Aufzeichnungen nach § 10 MaBV verlangen. Die Bedeutung der handelsrechtlichen Buchführung nimmt zu, wenn ein wohnungswirtschaftlicher Kontenrahmen verwendet wird oder Jahresabschlüsse nach Richtlinien wohnungswirtschaftlicher Verbände vorgenommen werden. Für den Fall, daß der Gewerbetreibende neben dem betrieblichen Rechnungswesen eine eigenständige gewerberechtliche Buchführung betreibt, können bei Vorliegen der genannten Bedingungen die betrieblichen Aufzeichnungen zur Kontrolle der gewerberechtlichen Buchführung herangezogen werden. Faßt der Gewerbetreibende die einschlägigen Vorschriften in einem einheitlichen Rechnungswesen zusammen, erleichtern die genannten Kontenrahmen und Jahresabschlüsse das Auffinden der erforderlichen Daten.

Bei Einsatz der Elektronischen Datenverarbeitung im betrieblichen Rechnungswesen richtet sich die Verwendung der Ergebnisse neben der materiellen Bedeutung für die gewerberecht-

liche Prüfung nach der formellen Ordnungsmäßigkeit (vollständige Erfassung der Daten, richtige und sichere Speicherung und Weiterverarbeitung). Dazu ist bei der Prüfungsplanung zu beachten, ob ein geeigneter Prüfer für die EDV-Prüfung zur Verfügung steht und ob dieser die Möglichkeit der Datennachprüfung hat.

Das Rechnungswesen an sich ist jedoch nicht Gegenstand der Prüfung gem. § 16 MaBV.

3.2 Die eigentliche Prüfung

3.2.1 Soll/Ist-Vergleich

Charakteristikum einer jeden Prüfung ist der Vergleich eines vorgegebenen Soll-Zustandes mit dem vorgefundenen Ist-Zustand. Bei der gewerberechtlichen Prüfung ist der Soll-Zustand durch Rechtsnormen inhaltlich und umfänglich vorgegeben und objektiviert. Er stellt sich als die Art von Vermögenssicherung, Information, Dokumentation und Archivierung dar, die sich aus der Beachtung der §§ 2-14 MaBV ergibt. Daneben sind als weitere Soll-Objekte Normen anzusehen, die keinen rechtsverbindlichen Charakter haben und sich als herrschende Meinung (Verkehrsauffassung, wissenschaftlicher Erkenntnisstand) und die auf Berufserfahrung und Branchenkenntnis basierende individuelle Norm des Prüfers darstellen.

Mit Hilfe spezieller prüfungstechnischer Instrumentarien, auf die wegen der Vielfalt der theoretischen und praktischen Möglichkeiten hier nicht näher eingegangen werden soll, stellt der Prüfer in Vergleichshandlungen die Soll/Ist-Abweichungen (Fehler, Verstöße) fest.

3.2.2 Prüfungsintensität und Prüfungsumfang

Zur Intensität der Prüfung (formelle, materielle Prüfung) verweist die Verwaltungsvorschrift zu § 34c GewO und zur MaBV auf "herkömmliche Maßstäbe" und das dementsprechende Abstellen auf die Anforderungen des Einzelfalles, wobei Prüfungen in Stichproben grundsätzlich als ausreichend erachtet werden (Anm. 156).

Die Stellungnahme WFA 1/1978 (Anm. 157) betont, daß der Zweck dieser Prüfung und die vom Verordnungsgeber geforderte Berichterstattung über jeden einzelnen Verstoß ansich eine lückenlose Prüfung aller unter die Verordnung fallenden Vorgänge erfordere. Unter Hinweis auf das Fachgutachten 1/1977 des Instituts der Wirtschaftsprüfer (Anm. 158) hält es der WFA jedoch nach der allgemeinen Berufsauffassung für ausreichend, wenn eine stichprobenweise Prüfung vorgenommen wird, soweit diese dem Prüfer nach seinem pflichtgemäßen Ermessen unter Berücksichtigung der vorgefundenen Organisation des Gewerbebetriebes, der Relation der geprüften Fälle zur Gesamtzahl der Fälle und den übrigen Ergebnissen der Prüfung ein sicheres Urteil ermöglicht. Sowohl die Verwaltungsvorschrift (Anm. 159) als auch die Stellungnahme WFA 1/1978 (Anm. 160) gehen als selbstverständlich davon aus, daß vorgefundene Verstöße Anlaß zur Ausdehnung der Prüfung auf mögliche weitere Verstöße sein müssen.

3.3 Spezifisch gewerberechtliche Prüfungsprobleme

3.3.1 Die Effizienz der Stichprobenprüfung

3.3.1.1 Sicherstellung des Auftraggeberschutzes

Die Effizienz der Prüfung könnte dadurch in Frage gestellt sein, daß zur Überprüfung aller Geschäftsvorfälle eine Stichprobenprüfung ausreichen soll (s.o. 3.2.2; Ziff. 3.16.1

VwV § 34c GewO). Die Gefahr für den Verbraucherschutz liegt darin, daß nur ein Teil der Geschäftsvorfälle erfaßt und einer Prüfung zugänglich gemacht wird. Denn je nach Größe des Wohnungsunternehmens ist eine Vielzahl von Einzelsachverhalten festzustellen und zu beurteilen mit der Folge, daß das zu prüfende Gebiet zu breit und zu komplex ist, um in einem begrenzten Zeitraum vollständig geprüft werden zu können. Erschwernisse kommen hinzu, wenn das Wohnungsunternehmen ungeordnete und unübersichtliche Unterlagen hat oder auch nur über ein einziges Bankkonto verfügt, über das der gesamte geschäftliche, und ggf. bei Einzelunternehmen auch der private, Finanzverkehr abgewickelt wird; einzelne Buchungen können u.U. nur schwer bestimmten, prüfungsrelevanten Geschäftsvorfällen zugeordnet werden. Schließlich können in anderen als in den von der Stichprobe erfaßten Geschäftsvorfällen ein oder mehrere Verstöße gegen die Vorschriften der MaBV vorliegen, die übersehen und daher nicht im Vermerk des Prüfungsberichtes festgestellt werden.

3.3.1.2 Prüfermeinungen

Obereinstimmend hielten die befragten Prüfer eine lückenlose Prüfung für zu arbeits- und kostenaufwendig, räumten zumeist aber zugleich bei der Stichprobenprüfung das Fehlen einer absolut verlässlichen Aussage über die Zuverlässigkeit des Wohnungsunternehmens ein. Andererseits kann auch bei der Stichprobenprüfung ein zuverlässiges Urteil über die Ordnungsmäßigkeit erreicht werden, wenn der Prüfer sich bei seinen Prüfungshandlungen an die in den folgenden Ausführungen enthaltenen Grundsätze hält.

Prüfer I hielt Vor- bzw. Zwischenprüfungen für zweckmäßig, gab aber zugleich zu bedenken, daß auch hier die Kosten eine große Rolle spielten. Prüfer II wies außerdem darauf hin, daß die MaBV solche Vor- bzw. Zwischenprüfungen nicht vorsieht.

Prüfer III erläuterte seine Methode der Prüfung: Da die Prüfung nach der MaBV eine Ordnungsmäßigkeitsprüfung sei, werde ein Bauobjekt, das per Zufall herausgegriffen wird, nach allen Buchungs- und Rechnungsdaten untersucht; dieses eine Bauobjekt sei Gegenstand der Stichprobe. Werde ein Mangel gefunden, müsse die Prüfung ausgedehnt werden, bzw. auch die anderen Bauobjekte seien darauf zu prüfen, ob bei ihnen der gleiche Verstoß vorliegt. Die Prüfung müsse so intensiv sein, daß der Prüfer vom geprüften Bauobjekt auf die Ordnungsmäßigkeit aller übrigen Bauobjekte schließen könne. Die Effizienz der Stichprobenprüfungen sei danach gewährleistet, zumal erst die Behörde über die Folgen festgestellter Verstöße entscheide.

Nach Ansicht des Prüfers V müßte man das gesamte Finanzrechenwerk über einen längeren Zeitraum prüfen, wollte man aufgrund der Prüfung eine absolut verlässliche Aussage über die Liquidität und Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden geben.

Prüfer VI prüft nach Stichproben, wobei ein Bauobjekt herausgegriffen wird, dessen Entstehung von Beginn bis Fertigstellung anhand von Verträgen, Notarmitteilungen, Bautenstandsberichten, Rechnungen und Buchungsbelegen nachvollzogen wird. Auch die Inserate werden daraufhin überprüft, ob der Gewerbetreibende nicht zuviel versprochen hat. Die übrigen Bauobjekte werden hinsichtlich der Daten mit dem zuerst geprüften Objekt verglichen und auf Plausibilität hin untersucht.

Prüfer VII vertrat die Auffassung, ein absolut sicheres Urteil werde durch die Stichprobenprüfung nicht erreicht. Wollte man alle Geschäftsvorfälle des Gewerbetreibenden prüfen, würde dies je nach Umfang längere Zeit in Anspruch nehmen. Die daraus resultierende Kostenlast stünde in keinem Verhältnis zum Nutzen der Prüfung für Verbraucher und Gewer-

betreibenden.

Prüfer VIII gab zu, daß man bei Mandanten, die als zuverlässig bekannt seien, bei der Auswahl der Stichprobe großzügiger verfare. Stelle man kleinere Fehler fest, würden diese schon einmal "übersehen" oder nicht vermerkt, oder aber man wähle eine andere Stichprobe. Dies wurde begründet mit dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Prüfer und Mandant. Der Mandant hätte in der Regel kein Verständnis für das Zusammentreffen von Beraterfunktion auf der einen Seite und Funktion als "verlängerter Arm" der Behörde auf der anderen Seite. Von dieser Handhabung wurde aber Abstand genommen, wenn der Gewerbetreibende finanziell auf "wackeligen Beinen" stünde.

Nach Auskunft des Prüfers IX ist die Stichprobenprüfung berufsüblich. Nicht erforderlich sei eine lückenlose Prüfung, jedoch müsse eine Intensivierung der Prüfung bei aufgefundenen Schwachstellen stattfinden. Die ausgewählte Stichprobe sei erschöpfend zu prüfen. Die Beurteilung der Vermögensverhältnisse des Gewerbetreibenden wäre insofern eher dem Verbraucherschutz dienlich, wenn auch der aktuelle Vermögensstand zum Prüfungszeitpunkt mit berücksichtigt werden würde, also über den 31.12. hinaus. Die Vermögenslage könnte sich in einem Vierteljahr drastisch verschlechtern. Die Prüfung der Bonität werde immer schwieriger, je größer das Unternehmen des Gewerbetreibenden sei und je mehr Bauobjekte es gäbe.

Nach Prüfer X sei der Stichprobenprüfung immanent, daß sie nicht alle Geschäftsvorgänge erfasse. Der Prüfer habe aber den Umfang der Stichprobe sorgfältig zu bestimmen. Außerhalb des Bereiches der Stichprobe liegende Mängel dürfe er dabei nicht außer Acht lassen. Letztendlich sei für die Intensität der Prüfung abzuwägen zwischen Verbraucherschutz und Kostenhöhe für den Gewerbetreibenden.

In einigen Prüfungsberichten gab der Prüfer XI an, daß er direkte Prüfungsmethoden anwende, d.h., daß alle für die Geschäftstätigkeit des Wohnungsunternehmens wesentlichen Unterlagen geprüft würden (Anm. 161) und Stichproben nach bestimmten Kriterien ausgewählt würden; in einem Prüfungsbericht erwähnte er nur, daß die Prüfungsfeststellungen im berufusüblichen Umfang getroffen seien.

3.3.1.3 Stellungnahme

Wie schon oben unter 3.2.2 ausgeführt, kann die Stichprobe nicht grundsätzlich als Prüfungsmethode abgelehnt werden. Sie ist als berufusübliche, d.h., für Wirtschaftsprüfer übliche Methode anerkannt (Anm. 162). Der Gegensatz zur stichprobenweisen Prüfung ist die lückenlose Prüfung, die sämtliche Geschäftsvorfälle in einem bestimmten Bereich und Zeitabschnitt erfaßt (Anm. 163).

In den meisten Bundesländern existieren keine behördlichen Anweisungen, die die Art der Prüfungsdurchführung näher bestimmen (Anm. 164). Zum Zuge kommen daher die allgemeinen Grundsätze für die Durchführung von Prüfungen. Für Wirtschaftsprüfer sind sie in der Stellungnahme des Wohnungswirtschaftlichen Fachausschusses des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer e.V., Düsseldorf), WFA 1/1978 "zur Prüfung Gewerbetreibender i.S.d. § 34c GewO gem. § 16 MaBV" niedergelegt (Anm. 165).

Bei der Stichprobe werden nicht alle Geschäftsvorfälle geprüft, die in den sachlichen und zeitlichen Bereich der Prüfung fallen, sondern Teilbereiche aus dem gesamten Prüfungsfeld, das alle Tätigkeiten des Wohnungsunternehmens umfaßt. Die Stichprobenprüfung ist ausreichend, wenn nach seinem pflichtgemäßen Ermessen dem Prüfer unter Berücksichtigung der Organisation des Wohnungsunternehmens, nach dem Verhältnis der geprüften Geschäftsvorfälle zur Gesamtzahl der Fälle

und nach den Ergebnissen der Prüfung ein ausreichend fundiertes Urteil möglich ist, ob ein Verstoß des Wohnungsunternehmens gegen die Vorschriften der §§ 2-14 MaBV vorliegt oder nicht.

In Frage kommen die bewußte Auswahl einer Stichprobe als auch die Zufallsauswahl, die nicht als "Auswahl auf's gerade Wohl" verstanden werden darf (Anm. 166), sowie die Wurzelstichprobe.

Im Rahmen der bewußten Auswahl unterscheidet der Prüfer subjektiv, welche Geschäftsvorfälle er zu prüfen gedenkt. Seiner persönlichen Berufserfahrung und Branchenkenntnis bleibt dann Ansatz und Umfang der Stichprobe überlassen. Insofern geht die Einstellung des Prüfers VIII zur Prüfungsmethode am Sinn der Verordnung vorbei, wenn er bei der Feststellung von Verstößen einfach eine andere Stichprobe wählt; seine Argumentation, bei finanziell "wackeligen" Mandanten geschehe dies nicht, verletzt den Verbraucherschutzgedanken, denn dann entscheidet allein die "subjektive" Ansicht des Prüfers über die Bonität des Wohnungsunternehmens auch über dessen Zuverlässigkeit. Deshalb sei hier auch kurz die strafrechtliche Verantwortung des Prüfers nach § 148a GewO erwähnt, wonach sich der Prüfer strafbar macht, wenn er über das Ergebnis der Prüfung "falsch berichtet oder erhebliche Umstände im Bericht verschweigt". Die Strafbewehrung stellt damit die strafrechtliche Sanktion der Verletzung des Auftraggeberschutzes dar.

Die bewußte Auswahl einer Stichprobe hat den Vorteil, daß der Prüfer bei Wiederholungsprüfungen andere Prüffelder als im Vorjahr wählt, weil ansonsten die Gefahr besteht, daß einige Bereiche des Geschäftsgebahrens des Gewerbetreibenden nie geprüft werden und infolge dessen beabsichtigte Unregelmäßigkeiten und Ordnungswidrigkeiten nicht festgestellt werden können (Anm. 167). Insofern ist auch der berufssübliche

mehrjährige Prüfungsplan besonders geeignet, diesen Gefahren zu begegnen (Anm. 168), der sich aber nur realisieren läßt, wenn der Prüfungsauftrag für mehrere Prüfungszeiträume erteilt wird (Anm. 169).

Die Zufallsauswahl ist eine mathematisch-statistische Auswahl, bei der jeder Verstoß "die gleiche bzw. eine bestimmte, berechenbare und von Null verschiedene Chance hat, aufgedeckt zu werden" (Anm. 170). Ziel der Zufallsauswahl ist eine von der subjektiven Entscheidung des Prüfers freie Auswahl: dem Zufall bleibt es nach Festlegung des Auswahlplanes überlassen, welcher Prüfungsstoff tatsächlich in die Auswahl kommt.

Die Wurzelstichprobe darf nicht als dritte Unterart der Stichprobe verstanden werden, sondern als Mittel zur Erhöhung der Wirksamkeit einer bewußten Auswahl oder einer Zufallsauswahl (Anm. 171). Mit ihr wird ein Geschäftsvorfall von Anfang bis zum Ende und in seinem Gesamtzusammenhang geprüft. Zugleich gibt sie dem Prüfer die Möglichkeit, einen Einblick in den organisatorischen Aufbau des Wohnungsunternehmens und die Abwicklung der Geschäfte zu erhalten.

Für die Methode der Stichprobenprüfung gilt, daß die Prüfung auszudehnen ist, z.B. auf andere Geschäftsvorfälle, wenn Anhaltspunkte für das Vorliegen von Verstößen gefunden werden. Denn der Prüfer muß von der Ordnungsmäßigkeit des geprüften Geschäftsvorfalles auf die Ordnungsmäßigkeit aller anderen nicht geprüften Vorfälle schließen können, damit die den Prüfungsbericht auswertende Behörde ein Urteil über das geprüfte Geschäftsgebaren und damit über die Zuverlässigkeit des Wohnungsunternehmens fällen kann.

Die stichprobenweise Prüfung der Einhaltung der einzelnen Vorschriften der MaBV entbindet den Prüfer nicht, sich Einblick in die Organisation des Wohnungsunternehmens zu ver-

schaffen und sich die Grundlagen für die geschäftliche Tätigkeit des Unternehmens zu erarbeiten. Hierfür erscheint am geeignetsten die bereits oben erwähnte sog. direkte Prüfungsmethode (Anm. 172), nach der der Prüfer alle für die Geschäftstätigkeit des Wohnungsunternehmens grundlegenden Unterlagen in Augenschein nimmt.

Dies erfolgt durch eine Einsichtnahme in Organisationspläne und Arbeitsanweisungen, in die erteilte Gewerbeerlaubnis nach § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO, um festzustellen, ob die Tätigkeiten von der Erlaubnis gedeckt sind, und in die notariellen Kaufverträge. Darauf aufbauend können die einzelnen Geschäftsvorfälle in Stichproben untersucht werden. Diese Vorgehensweise stellt die Erfassung des gesamten Umfangs der Tätigkeit des Wohnungsunternehmens sicher.

Eine Einsichtnahme in die Prüfungsberichte ergab, daß in den jeweiligen Feststellungen zu § 3 Abs. 2 MaBV das Vorliegen der zu den einzelnen Bauvorhaben gehörigen notariellen Kaufverträgen vermerkt wurde. Gleichzeitig wurde festgehalten, daß die in den Verträgen vereinbarten Kaufpreisfälligkeiten der Höhe nach und des Termins nach mit der Vorschrift des § 3 Abs. 2 MaBV übereinstimmten. Unter solchen Voraussetzungen läßt sich eine effiziente Überprüfung der vereinbarten Fälligkeitstermine durch den Prüfer und letztlich damit auch durch den Auftraggeber durchführen. Problematischer ist es, wenn die notariellen Kaufverträge nicht oder nicht vollständig die Vorschrift des § 3 MaBV berücksichtigen. So fehlte in einem (01) von vier untersuchten Notarverträgen die Fälligkeitsvoraussetzung "Erteilung der Baugenehmigung" (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 MaBV); zudem sollte die Rate des § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV sofort fällig sein, ohne daß darauf hingewiesen wurde, daß diese erst "nach Beginn der Erdarbeiten" vom Bauträger angefordert werden darf. In einem zweiten Notarvertrag (02) fehlte die nach § 3 Abs. 1 MaBV erforderliche schriftliche Bestätigung des Notars über die Rechtswirksam-

keit des Vertrages als Fälligkeitsvoraussetzung. Der dritte Notarvertrag (03) enthielt nicht die Fälligkeitsvoraussetzungen "notarielle Mitteilung über die Rechtswirksamkeit des Vertrages", "Vorliegen der Freistellungserklärung" sowie "Vorliegen der Baugenehmigung" (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 3 und 4 MaBV) und sah entgegen § 3 Abs. 1 Nr. 1 MaBV vertragliche Rücktrittsrechte des Bauträgers vor; sämtliche Fälligkeitstermine bzw. Ratenhöhen waren abweichend von § 3 Abs. 2 MaBV zu Ungunsten des Auftraggebers geregelt (wegen der Konsequenzen von der MaBV abweichender Vereinbarungen s.u. 4.1.1.3 und 5). In allen drei Fällen liegt die Gefahr bei der Stichprobenprüfung nahe, daß der Mangel - fehlende Gesamtfälligkeit des Kaufpreises - vom Prüfer übersehen wird, es sei denn, er bemerkt im Rahmen anderer Prüfungshandlungen die zeitliche Divergenz zwischen den Zahlungen des Auftraggebers und ggf. erst später erfüllter Fälligkeitsvoraussetzungen nach § 3 MaBV.

Für die Bildung von Prüffeldern im gesamten Prüfungsstoff ist eine Segmentierung dienlich, wobei ein Segment als Prüffeld einem einzelnen Geschäftsvorfall entspricht. Der Vorzug der Wurzelstichprobe ist, daß das herausgegriffene Prüffeld nahezu vollständig durchleuchtet wird, indem der Prüfer, beginnend mit dem Inserat, den notariellen Kaufvertrag mit den Regelungen für die Verwendung der Vermögensmittel des Auftraggebers, die dazugehörigen Abrufermächtigungen und Buchungen, die behördlichen Dokumente und die Korrespondenz prüft. Auf eine Darstellung der Prüfungsschritte bei den einzelnen MaBV-Vorschriften soll in diesem Rahmen verzichtet werden und insoweit auf die Stellungnahme WFA 1/1978 des IDW (Anm. 173) verwiesen werden, die eine detaillierte Einzelaufstellung bringt. Bei einer solchen Prüfungsmethode ist gewährleistet, daß die Erstellung des Prüfungsberichtes auf ausreichend fundierten Erkenntnissen des Prüfers beruht. Welche Schwierigkeiten die Feststellung der Einhaltung der Vorschriften der MaBV bereitet, insbesondere welche Umge-

lungsmöglichkeiten und Rechtsverstöße in der Praxis vorkommen, wird unten unter 4. und 6.2 untersucht.

Empfehlenswert ist die - gesetzlich nicht vorgeschriebene, aber berufssübliche (Anm. 174) - Abgabe einer Vollständigkeitserklärung durch das Wohnungsunternehmen, in der es bestätigt, daß es alle für die Prüfung erforderlichen Nachweise und Auskünfte gegeben hat. Sie ersetzt keine Prüfungshandlungen, stellt jedoch eine sachgerechte Ergänzung dar.

3.3.2 Die Wirksamkeit der Prüfung im Hinblick auf § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV (objektbezogene Mittelverwendung)

Nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV darf ein Wohnungsunternehmen Vermögenswerte des Auftraggebers, die es erhalten hat oder zu deren Verwendung es ermächtigt worden ist, nur zur Vorbereitung und Durchführung desjenigen Bauvorhabens verwenden, auf das sich der Auftrag bezieht; als Bauvorhaben gilt das einzelne Gebäude, bei Einfamilienhäusern die einzelne Reihe. Im Rahmen der Prüfung ist diese objektbezogene Mittelverwendung zu kontrollieren.

3.3.2.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers

§ 4 MaBV zählt neben §§ 2 und 3 MaBV mit zu den Kernvorschriften der MaBV zur Sicherung der Vermögensmittel der Auftraggeber. Die objektbezogene Mittelverwendung soll in erster Linie die Liquidität des Wohnungsunternehmens gewährleisten und damit das sog. Schneeballsystem verhindern, das der Anlaß für die Einführung des § 34c GewO und der MaBV war (Anm. 175). Nach dem Schneeballsystem wurden Vermögensmittel der Auftraggeber jeweils zur Durchführung von Bauvorhaben verwendet, zu deren Erstellung sich das Wohnungsunternehmen anderen Auftraggebern schon früher verpflichtet hatte. Wurde über das Vermögen eines Wohnungsunternehmens das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet, waren die Vermögenswerte

solcher Auftraggeber, deren Bauvorhaben noch nicht fertiggestellt waren, weitgehend verloren.

Auch die Prüfung gem. § 16 MaBV kann eine Mittelverwendung nach dem Schneeballsystem nicht ganz ausschließen. Da diese Prüfung immer erst bis zum 30.9. des Folgejahres erfolgt und der Prüfungsbericht der Behörde i.d.R. erst zwei bis drei Monate nach diesem Stichtag zugeht, lassen sich nicht objektbezogene Mittelverwendungen und deren Folgen nicht mehr rückgängig machen.

Inhalt der Vermögensbindung ist daher, daß die Vermögenswerte nur verwandt werden dürfen, um alle Kosten, die mit der Vorbereitung und Durchführung des jeweiligen Bauvorhabens im Zusammenhang stehen, abzudecken und um die Forderungen der Auftragnehmer und Vertragspartner des Wohnungsunternehmens zu befriedigen. Zu diesen Kosten gehören z.B. Grundstücks- und Erschließungskosten, Architekten- und Ingenieurgebühren, Verwaltungskosten des Wohnungsunternehmens, Kosten der Erstellung von Gebäude und Anlagen (Anm. 176).

Die Prüfung der objektbezogenen Mittelverwendung stellt sich als eine der von der praktischen Durchführung her schwierigsten Aufgaben für den Prüfer dar. Denn der Prüfer hat zu kontrollieren, ob das Wohnungsunternehmen jeden Zahlungsfluß einem bestimmten, nämlich dem dazugehörigen Bauvorhaben, zuordnet bzw. zugeordnet hat. Der Schutz des Auftraggebers ist nur dann gewährleistet, wenn die Verwendung seiner Vermögenswerte während der gesamten Bauzeit für sein Bauobjekt sichergestellt ist. Als Nachweis hierfür muß der Prüfungsbericht eine zuverlässige Aussage bieten können. Die Prüfung erfordert daher nicht nur eine Kontrolle der Finanzbuchhaltung des Wohnungsunternehmens. Der Prüfer muß anhand eigener Aufteilungen der Geldkonten die zweckentsprechenden Zahlungsmittelflüsse überprüfen, da diese Informationen der Finanzbuchhaltung nicht zu entnehmen sind. Im Rahmen der

Stichprobenprüfung bedeutet dies, daß die Kontrolle der objektbezogenen Mittelverwendung im Interesse des Auftraggeberschutzes eingehender sein muß als bei der Prüfung des termingerechten Abrufs der Vermögenswerte nach § 3 Abs. 2 MaBV, denn dort kann es grundsätzlich nur zeitliche Verschiebungen geben, während hier eine Verschiebung zwischen den Bauvorhaben verschiedener Auftraggeber möglich ist. Das finanzielle Risiko der Auftraggeber ist hier wegen der Gefahr des "Schneeballsystems" weitaus größer als bei dem verfrühten Abruf von Auftraggebermitteln. Insbesondere kommt bei der Prüfung der objektbezogenen Verwendung der Definition des Bauvorhabens eine entscheidende Bedeutung zu, denn die Klarstellung in § 4 Abs. 1 Nr. 2 HS 2 MaBV, als Bauvorhaben gelte das einzelne Gebäude, weicht von dem in der Bauwirtschaft geläufigen Begriff des Bauvorhabens ab, der darunter auch mehrere Gebäude im Rahmen einer Baumaßnahme versteht. Diese Unterscheidung muß von den Wohnungsunternehmen bei der Zahlungsabwicklung im Hinblick auf § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV beachtet werden, da andernfalls eine objektbezogene Verwendung so gut wie nicht mehr nachgeprüft werden kann.

3.3.2.2 Prüfermeinungen

Nach den Äußerungen der befragten Prüfer gestaltete sich die Prüfung der Mittelverwendung als sehr arbeitsaufwendig, wobei eine absolut verlässliche Aussage über eine erfolgte objektbezogene Mittelverwendung i.d.R. dennoch nicht möglich war. Die Schwierigkeiten rührten oft daher, daß die Wohnungsunternehmen ihr Rechnungswerk nicht den Erfordernissen des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV angepaßt und Zahlungsein- und -ausgänge nicht über getrennte Geldkonten und nicht für jedes einzelne Bauvorhaben gesondert erfaßt hatten. Daher mußte in solchen Fällen die gesamte Finanzbuchhaltung in die Prüfung mit einbezogen werden, dieser Prüfungsumfang sei jedoch nicht von der MaBV gedeckt und auch aus Zeit- und Kostengründen nicht vertretbar. Die Prüfer I und VIII hielten

daher die Beibehaltung dieser Vorschrift aus praktischen Gründen für wenig sinnvoll; die Prüfer II und VII wollten auf § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV aus Gründen des Auftraggeberschutzes nicht verzichten.

Allgemein wurde die Führung eines Sonderkontos für jedes Bauobjekt empfohlen, obwohl Bauträger hiervon gem. § 6 Abs. 1 Satz 2 MaBV befreit sind. Dies werde von einigen Gewerbetreibenden bereits freiwillig so gehandhabt, da Sonderkonten auch für eigene Zwecke die Übersichtlichkeit erhöhen und gleichzeitig die jährlich wiederkehrende Prüfung erleichtern.

Im einzelnen stellten sich die Prüfermeinungen wie folgt dar:

Nach Ansicht des Prüfers II gibt die Überprüfung der Bankkonten des Bauträgers am Prüfungstichtag kein Bild darüber, ob die Auftraggebergelder noch vorhanden sind im Hinblick auf die Liquidität des Bauträgers und ob sie vorschriftsmäßig verwendet wurden. Dem stehe nicht entgegen, wenn der Gewerbetreibende diese Beträge wegen höheren Zinsgewinns auf ein Festgeldkonto legt. Auch wenn aufgrund der Prüfung der objektbezogenen Mittelverwendung keine verlässliche Aussage erwartet werden könne, sollte auf die Regelung nicht verzichtet werden, denn einmal ist § 4 MaBV neben § 3 MaBV ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, zum anderen wird durch diese Regelung dafür Sorge getragen, daß eine Liquidität des Gewerbetreibenden auf jeden Fall vorhanden ist.

Prüfer III wies u.a. darauf hin, daß der Vermerk nur Aussagekraft habe für den Prüfungstichtag. Falls die Vermögenslage des Gewerbetreibenden angespannt sei, könne jeden Tag ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV erfolgen.

In diesem Zusammenhang sei bereits auf die unten unter

3.3.2.3 und 6.1 erwähnte sog. Redepflicht des Prüfers bei bestands- und entwicklungsgefährdenden Tatsachen nach dem Prüfungsstichtag hingewiesen.

Prüfer V meinte, wenn der Bauträger nur ein Konto habe, müsse man alle Zu- und Abgänge prüfen, um herauszufinden, ob Zahlungen des Auftraggebers fristgerecht nach § 3 Abs. 2 MaBV und zweckgebunden nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV entgegen- genommen worden seien. Dies geschehe durch das gleichzeitige Überprüfen von Handwerkerrechnungen und Bautenstandsanzeigen.

Nach Prüfer VI war die Zweckbindung des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV allein mit den Buchungsbelegen, Rechnungen und Überweisungen sehr schwer zu überprüfen. Am besten ziehe man die Bilanzen der letzten Jahre hinzu, um einen Überblick über die Liquidität des Gewerbetreibenden zu erhalten. Aus ihnen sei i.d.R. sehr schnell ersichtlich, ob der Gewerbetreibende sich in finanziellen Schwierigkeiten befinde und ob die Gefahr eines Verstoßes gegen die Pflicht zur objektbezogenen Verwendung drohe.

Nach Prüfer VII habe die Überprüfung der zweckgebundenen Vermögensverwendung durch den Bauträger unbedingt im Interesse des Verbrauchers zu erfolgen. Die Zahlung nach Baufortschrittsraten kann nur im Zusammenspiel mit der zweckgebundenen Vermögensverwendung einen vollen Verbraucherschutz bieten.

Prüfer VIII behelf sich meist mit einer Globalabstimmung von verschiedenen Daten, wobei mehrere Stichtage per Zufall ausgewählt wurden. Nahezu aussichtslos sei die Prüfung, wenn der Gewerbetreibende eine EDV-Anlage besitzt, da dann zur Auffindung einer einzelnen Angabe umfangreiche Computerlisten des ganzen Programms ausgedruckt werden müßten. Ansonsten sei die Bilanz heranzuziehen, die aber nur einen Stich-

tag (31.12.) ausweise.

Leicht überprüfbar sei, wenn der Gewerbetreibende z.B. bei einer Zeile von 10 Reihenhäusern nur die Raten für 8 Häuser abrufen, denn dann hat der Bauträger immer vorgeleistet, so daß eine Zweckbindung stets bejaht werden müsse.

Prüfer IX vertrat die Auffassung, daß der Vermerk Aussagekraft habe im Hinblick auf die Einhaltung des § 3 MaBV, weniger auf § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV. Die Nachprüfung der objektgebundenen Vermögensverwendung gestalte sich äußerst schwierig, wenn der Gewerbetreibende den privaten wie den betrieblichen Geldverkehr über ein einziges Konto laufen lasse. Selbst wenn der Gewerbetreibende ein rein betriebliches Konto führe und sich auf diesem relativ wenig Geld befinde, könne dies ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV sein, wenn nach dem Ratenzahlungsplan ein höherer Betrag gebucht sein müßte. Ein Verstoß müsse aber nicht vorliegen, wenn der Kreditrahmen des Gewerbetreibenden nicht ausgeschöpft sei. Zur Klärung der Frage, wie weit die Kreditgewährung reicht, habe der Prüfer an die Bank des Gewerbetreibenden heranzutreten. Die (Wieder-)Einführung der Sonderkontenpflicht für Bauträger würde dessen Bonität plastischer und durchsichtiger werden lassen.

Der Prüfungsbericht L des Prüfers X sagt bei der Darstellung der objektbezogenen Mittelverwendung aus, daß die Vermögenswerte der Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV objektbezogen eingezahlt worden sind. Diese Feststellung gibt keine Auskunft über die objektbezogene Verwendung der Mittel nach der Einzahlung. Aus diesem Prüfungsbericht ist demnach nicht zu ersehen, ob das Wohnungsunternehmen die eingezahlten Mittel auch für das betreffende Bauvorhaben verwendet hat.

Demgegenüber lassen die Prüfungsberichte A, B, C, G, H, J und K des Prüfers XI die einzelnen Prüfungsschritte erken-

nen: Prüfung der Verträge des Wohnungsunternehmens mit den Handwerkern, Prüfung der Aufzeichnungen des Wohnungsunternehmens und Prüfung der Objektdaten bei den Zahlungsvorgängen. Weiterhin wurde festgehalten, ob sich die objektbezogene Mittelverwendung bereits schlüssig aus dem Rechnungswerk des Wohnungsunternehmens ergab oder ob noch zusätzlich die Überprüfung der Geldkonten des Wohnungsunternehmens erforderlich war. Die Abrechnungsart des einzelnen Wohnungsunternehmens wurde durch die Angaben dargestellt, ob mit jedem Handwerker pro Bauobjekt getrennt abgerechnet wurde, eine Verrechnung mit anderen Bauobjekten vertraglich mit dem Handwerker ausgeschlossen war und ob das einzelne Bauobjekt aus den Zahlungsvorgängen erkennbar war. Ebenso wurde die Aufzeichnungsart des Wohnungsunternehmens aufgeführt, nämlich Kontokorrente für jeden Handwerker sowie eine Akte für jeden Auftraggeber mit dem ihn betreffenden Kontokorrent und allen für die Abwicklung seines Bauvorhabens erforderlichen Verträgen, Grundbucheintragungen, Rechnungen etc. Im Prüfungsbericht C wurde die Anlage von Auftraggebermitteln auf Festgeldkonten erwähnt, und es ergaben sich Feststellungen bezüglich des laufenden Jahres nach dem Prüfungszeitraum.

3.3.2.3 Stellungnahme

Für die Prüfung, ob ein Wohnungsunternehmen die Vermögenswerte seiner Auftraggeber objektbezogen verwendet hat, gibt die MaBV keine Hilfestellung. Lediglich § 10 Abs. 1 Satz 1 MaBV ordnet an, daß der Gewerbetreibende von der Annahme des Auftrages an Aufzeichnungen zu machen und Unterlagen und Belege übersichtlich zu sammeln hat.

Gemäß § 10 Abs. 2 MaBV müssen aus den Aufzeichnungen und Unterlagen von Wohnungsunternehmen insbesondere ersichtlich sein:

1. Name und Vorname oder die Firma sowie die Anschrift des Auftraggebers,

2. Art und Höhe der Vermögenswerte des Auftraggebers, die der Gewerbetreibende zur Ausführung des Auftrags erhalten oder zu deren Verwendung er ermächtigt werden soll. ...

Während nach dieser Vorschrift Maßnahmen aufzuzeichnen sind, die der Gewerbetreibende zur Sicherung der Vermögenswerte des Auftraggebers in der Zukunft zu treffen hat, ist nach § 10 Abs. 5 MaBV der Vollzug dieser Maßnahmen festzuhalten: nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 MaBV also Art und Höhe der erhaltenen bzw. verwendeten Vermögenswerte, nach § 10 Abs. 5 Nr. 5 MaBV die Verwendung der Mittel durch das Wohnungsunternehmen nach Tag und Höhe.

Aus diesen gesetzlichen Anordnungen wird ersichtlich, daß das Wohnungsunternehmen diese Aufzeichnungen, Unterlagen und Belege haben muß, aber nicht, wie es diesen Pflichten nachzukommen hat. Obwohl es als geklärt anzusehen sein darf, daß das Wohnungsunternehmen in § 10 Abs. 1 MaBV zur lückenlosen Aufzeichnung verpflichtet ist (Anm. 177), reichen die Möglichkeiten von dem Sammeln loser, ungeordneter Unterlagen bis hin zur exakt aufeinander abgestimmten Erfassung aller Geschäftsvorfälle auf verschiedenen Bankkonten und den Akten für jeden einzelnen Auftraggeber. Je mehr das letztere Stadium vom Wohnungsunternehmen erreicht wird, desto eher wird eine optimale Überprüfung durch Übersichtlichkeit und Durchschaubarkeit der Geschäftsvorgänge erzielbar und desto größer ist die Schutzwirkung für den Auftraggeber als Verbraucher. Schließlich wirkt sich eine überschaubare Aufzeichnung auch kostengünstig für das Wohnungsunternehmen im Hinblick auf die Pflichtprüfung aus.

Im folgenden werden Anregungen für Wohnungsunternehmen gegeben, mit deren Hilfe die Aufzeichnungsmaßnahmen der Wohnungsunternehmen präzisiert werden können und die Aussagekraft des Prüfungsberichtes im Hinblick auf die objektbezo-

gene Verwendung der Auftraggebermittel verstärkt werden kann.

- Die Verträge mit den Handwerkern sollten so abgeschlossen werden, daß sie eine getrennte Kostenrechnung für jedes Bauvorhaben ermöglichen und eine Verrechnungsmöglichkeit mit anderen Bauvorhaben durch den Handwerker ausdrücklich ausschließen. Darüber hinaus sollte für jeden Handwerker ein Kontokorrent eingerichtet werden, aus dem sich pro Bauvorhaben die Forderungen des Handwerkers und die Begleichung der Forderung durch das Wohnungsunternehmen ersehen lassen.
- Die Zahlungsanforderungen der Handwerker und die Oberweisungsträger des Wohnungsunternehmens sollten das dazugehörige Bauvorhaben erkennen lassen. Denn wenn das Wohnungsunternehmen nicht bestimmt, auf welche Forderungen die geleistete Zahlung zu verrechnen ist, hat es der Handwerker in der Hand, daß die aus den Mitteln eines Auftraggebers geleistete Zahlung nicht dessen, sondern einem anderen Bauvorhaben zugute kommt. Dies folgt aus § 366 Abs. 2 BGB, nachdem eine bestimmte Reihenfolge bezüglich der Tilgung von Schulden festgelegt ist, wenn der Schuldner ohne genaue Bezeichnung der Schuld leistet (Anm. 178). Dem entgegenstehende allgemeine Geschäftsbedingungen der Handwerker müssen auf Betreiben des Wohnungsunternehmens abgeändert werden.
- Die Finanzbuchhaltung des Wohnungsunternehmens (insbesondere Kreditoren- und Debitorenbuchhaltung) sollte so eingerichtet werden, daß für jeden Handwerker und jeden Auftraggeber ein gesondertes Buchhaltungskonto besteht, auf dem jede Forderung und Verbindlichkeit gebucht wird.

- Obwohl § 6 MaBV Bauträger von der Einrichtung von Bau-sonderkonten befreit, nicht hingegen Baubetreuer, sollten Bauträger für jeden Auftraggeber ein Sonderkonto auf freiwilliger Basis anlegen und führen.
- Das Wohnungsunternehmen sollte für jeden Auftraggeber für jedes seiner Bauvorhaben eine gesonderte Akte führen, die den Kaufvertrag, evtl. Bausonderwünsche, die Baugenehmigung, Grundschuldbestellungen, Rangbestätigungen, Bescheinigungen, die Nachricht über die Auflassungsvormerkungseintragung, Zahlungsanforderungen, Baufortschrittsanzeigen, die Schlußabrechnung, allgemeinen Schriftverkehr, das Abnahmeprotokoll, Mängelanzeigen und ein Kontokorrent beinhaltet.

Marcks (Anm. 179) plädiert zwar dafür, daß ein Handwerker seine Rechnungen für einen mehrere Bauvorhaben umfassenden Baukomplex ausstellen können und nicht die Leistungen für jedes einzelne Bauvorhaben in separate Rechnung aufschlüsseln soll, weil das Wohnungsunternehmen die Aufteilung auf die einzelnen Bauvorhaben entsprechend der für sie erbrachten Leistungen vornehmen kann. Jedoch wird das Wohnungsunternehmen hierzu vielfach nicht in der Lage sein, so daß es aus Gründen der Klarheit angebracht ist, wenn der Handwerker zwar eine Rechnung erteilt, aber in ihr seine Forderungen den einzelnen Bauvorhaben zuordnet. Denn nur diese Handhabung ermöglicht dem Prüfer und auch dem Wohnungsunternehmen die Gegenüberstellung von Forderung und Bezahlung pro Bauvorhaben. Gleichzeitig kann das Wohnungsunternehmen hierdurch der Folge des § 366 Abs. 2 BGB begegnen.

Die Pflicht zur getrennten Vermögensverwaltung durch Einrichtung von einem Sonderkonto pro Bauvorhaben bestand aufgrund § 6 Abs. 1 der Durchführungsverordnung zu § 34c GewO in der Fassung vom 20.6.1974, wurde jedoch mit Erlaß der MaBV am 11.6.1975 in § 6 Abs. 1 Satz 2 MaBV wieder aufgehoben.

ben. Der Grund für diese Änderung war die durch § 3 MaBV nunmehr bestehende Vorleistungspflicht der Bauträger, die einen besonderen Schutz der Auftraggeber entbehrlich machen sollte (Anm. 180). Der Schutz aufgrund der früheren Regelung bestand darin, daß Bauträger wie Baubetreuer dem Kreditinstitut, bei dem das Konto eingerichtet war, offen zu legen hatten, daß die Gelder für fremde Rechnung - nämlich der Auftraggeber - eingelegt wurden, damit die Auftraggeber im Konkurs- bzw. Vergleichsverfahren des Wohnungsunternehmens die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO oder des Aussonderungsrechtes gem. § 43 KO haben (Anm. 181). Auch jetzt noch bestehen u.a. diese Pflichten in § 6 Abs. 2 MaBV für Baubetreuer fort. Der Vorschlag für die Wiedereinführung der Pflicht zur Einrichtung von Sonderkonten erfolgt nun nicht deswegen, weil § 3 MaBV nicht ausreichend seine Schutzwirkung entfaltet, sondern aus Gründen der effektiveren Nachprüfung der objektbezogenen Mittelverwendung durch Bauträger. Das Erfassen auf den Bankbelegen der einzelnen Zahlungsvorgänge stellt zugleich eine externe Kontrolle der internen Finanzbuchhaltung dar, in der die Zahlungsvorgänge deckungsgleich aufgezeichnet sein müssen. Nachdem in den Ausführungen oben im 2. Teil 2.1 und 2.2 die Geltung der §§ 2-14 MaBV auch für das Baugrundstück vorabübereignende Gewerbetreibende befürwortet wurde, bedeutet die Führung von Sonderkonten ein zusätzliches Sicherungsmittel für die Vermögenswerte der Auftraggeber.

Schließlich wären die den Bautenstand wertmäßig übersteigenden Zahlungen der Auftraggeber von anderen Geldern getrennt, denn der Bauträger darf über diese Differenzbeträge nicht frei verfügen, sondern muß den Betrag objektbezogen einsetzen, sobald der entsprechende Bautenstand erreicht ist (Anm. 182).

Der Vorschlag für die Anlegung einer Akte für jeden Auftraggeber und für jedes seiner Bauvorhaben beruht auf der Aus-

wertung des Prüfungsberichtes K des Prüfers XI.

Bietet die Befolgung dieser Anregungen schon eine starke Hilfe bei der Prüfung der objektbezogenen Mittelverwendung, so bestehen noch weitere Möglichkeiten, die sowohl von einem Bauträger als auch von einem Prüfer im Rahmen der Prüfung und der Berichterstattung wahrgenommen werden können.

Falls es einem Bauträger möglich ist, sollte er bezüglich jedes Bautenstandes mit seinen Leistungen über den Rahmen des § 3 Abs. 2 MaBV hinaus in Vorleistung sein, denn damit ist die objektbezogene Verwendung in jedem Fall gewährleistet (Anm. 183). Dieses Verhalten erfordert jedoch eine große Liquidität des Bauträgers, weil er die Bauleistungen vorfinanzieren muß. Da in der Bauwirtschaft wegen der Zinsbelastung sehr knapp kalkuliert wird, hat ein Bauträger selten derart hohe flüssige Mittel, so daß dieser Vorschlag nur wenigen Gewerbetreibenden dienen kann.

Als zweite Möglichkeit kann der Prüfer, allerdings nur mit Zustimmung des Wohnungsunternehmens, Einsicht in die Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen der letzten 3-4 Jahre nehmen, um einen Einblick in die finanziellen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Wohnungsunternehmens zu erhalten (Anm. 184). Lassen sich aus den Jahresabschlüssen erwirtschaftete Verluste, hohe Eigenkosten, hohe Verbindlichkeiten gegenüber Gläubigern ohne entsprechend hohe Forderungen bzw. Guthaben und/oder Wechselverbindlichkeiten ersehen, besteht die vom Prüfer ernst zu nehmende Möglichkeit, daß das Wohnungsunternehmen die vom Auftraggeber empfangenen Vermögenswerte nicht objektbezogen, sondern vielmehr zur Liquiditätssicherung verwendet hat. In diesem Fall hat sich der Prüfer intensiv mit den einzelnen Zahlungen und ihren Zuordnungen auseinanderzusetzen. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß eine "gute" Bilanz nicht auch eine gute Vermögenslage des Wohnungsunternehmens implizieren muß, denn

die Bilanzen dienen oftmals der Bestätigung oder der Erhöhung der Kreditwürdigkeit und können daher "geschönt" sein. Die Einsichtnahme in die Jahresabschlüsse gestattet das Wohnungsunternehmen aber freiwillig, der Prüfer hat hierauf keinen Rechtsanspruch. Falls der Prüfer zugleich Abschlußprüfer des Wohnungsunternehmens ist, wird ihm der Zugriff auf die Jahresabschlüsse nicht allzu schwer fallen.

Es ginge zu weit, für diese Zwecke generell eine von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz zu fordern. Dies wird z.B. gefordert in den Richtlinien der Freien und Hansestadt Hamburg - Baubehörde - vom 11.12.1980 für die Zulassung von Betreuern nach § 37 des II. WoBauG (Anm. 185) für Wohnungsunternehmen, die nach § 37 Abs. 2 lit. b des II. WoBauG als Betreuungsunternehmen zugelassen sind oder gelten, soweit sie nach ihrer Satzung Geschäfte i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO tätigen dürfen. Diese Wohnungsunternehmen unterliegen als Bauträger oder Baubetreuer aber überhaupt nicht den Vorschriften der MaBV aufgrund des Befreiungstatbestandes in § 34c Abs. 5 Nr. 2 GewO, so daß es aufgrund dieses Ausnahmestandes gerechtfertigt ist, eine testierte Bilanz zu fordern. Nach diesen Richtlinien wird die Eignung und Zuverlässigkeit des Wohnungsunternehmens fortwährend in jedem Jahr geprüft (Ziff. 4 Abs. 1 der Richtlinien). In einer Anlage zu den Richtlinien sind Kriterien für die Prüfung der Eignung und Zuverlässigkeit vom Betreuungsunternehmen vorgegeben. Hervorzuheben sind bei "I. Prüfung der Eignung" insbesondere die Pflicht des Wohnungsunternehmens zur Vorlage der Prüfungsberichte über die Prüfung der letzten drei Jahresabschlüsse (I. Ziff. 3 lit. b cc), die Prüfung der Sicherstellung der zweckgebundenen Verwendung der Baufinanzierungsmittel (I. Ziff. 4 lit. c) durch objektbezogene Vermögensmittelverwendung (I. Ziff. 4 lit. c bb) und - im Fall der Baubetreuung - durch Unterhaltung von Sonderbankkonten für jeden Auftraggeber (I. Ziff. 4 lit. c cc) sowie die Prüfung der Eigenkapitalausstattung des Unternehmens (I.

Ziff. 5). Bedeutsam bei "II. Prüfung der Zuverlässigkeit" ist die Ziff. 4, die dem Wohnungsunternehmen eine Vorleistungspflicht nahelegt. Mit diesen Anforderungen soll ein Verhalten des Wohnungsunternehmens erreicht werden, daß den Zielen der MaBV nahezu entspricht.

Im Rahmen einer dritten Möglichkeit bei der Prüfung des Baubankkontos bzw. der Baubankkonten ist der dem Bauträger eingeräumte Kreditrahmen von Bedeutung, wenn der Bauträger mit seinem Kreditinstitut keine mit der in § 6 Abs. 2 vergleichbare Vereinbarung getroffen hat (Anm. 186). Bei finanziellen Schwierigkeiten des Bauträgers kann die Bank die Kreditlinie herabsetzen und ihre Forderungen nach ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den Guthabensalden des Bauträgers verrechnen. In diesem Fall wären die von den Auftraggebern eingezahlten, vom Bauträger aber noch nicht verbrauchten Vermögensmittel nicht mehr vorhanden. Deckt sich der Saldo aus Guthaben von Auftraggebermitteln mit einem die Kreditlinie ausschöpfenden Kredit des Bauträgers, hat der Bauträger keine einzige Mark zu anderen Zwecken zur Verfügung, als zur Fertigstellung der bereits verkauften Häuser bzw. Wohnungen. Ein Verstoß gegen das Gebot der objektbezogenen Verwendung kann hier jederzeit erfolgen, so daß der Prüfer gezwungen ist, diese rechnerische Gegenüberstellung für jeden einzelnen Tag des Prüfungszeitraumes durchzuführen (Anm. 187). In der Regel verfügt der Bauträger noch über andere Kreditsicherheiten, so daß dieser Extremfall eine Ausnahme bildet. Durch alleiniges Abfragen des Kreditrahmens bei der Bank des Bauträgers kann sich der Prüfer jedoch nicht von der erfolgten objektbezogenen Verwendung überzeugen, er hat insofern auch den finanziellen Hintergrund des Bauträgers auszuleuchten. Hierzu hat er sich Einblick durch Überprüfung der Bankkonten zu verschaffen, deren jeweiliger Stand sich aus den Kontoauszügen ergibt. Damit kann sich der Prüfer ein Urteil über die Höhe der liquiden Mittel des Bauträgers bilden. Anhand der Überweisungsbelege vermag er festzustellen, wann

der Zahlungseingang vom Auftraggeber erfolgte und wann die Rechnungen der Subunternehmer und Bauhandwerker beglichen wurden. Liegt zwischen zwei solchen Buchungen ein zu großer Zeitraum, besteht Anlaß zu vermuten, der Bauträger habe die eingehenden Zahlungen zur vorübergehenden Liquiditätserhöhung stehengelassen, z.B. wenn er nahe seiner Kreditlinie lag, was wiederum auf gewisse Zahlungsschwierigkeiten schließen lassen kann. Kennt der Prüfer den Umfang aller Kreditsicherungsmöglichkeiten des Bauträgers, kann er feststellen, ob alle ausgeschöpft sind oder ob der Bauträger erforderlichenfalls noch etwas "zulegen" kann. Weiterhin ist für den Prüfer von Interesse, wie sich die Eigenkapitalsituation des Unternehmens verhält. Für ihn ergeben sich hinsichtlich der Kreditwürdigkeit z.B. einer Bauträger-GmbH mit einem nur zur Hälfte eingezahlten Stammkapital von DM 50.000,-- andere Rückschlüsse als bei einer GmbH mit einem voll eingezahlten Stammkapital von DM 250.000,--. An die Grenzen seiner Erkenntnismöglichkeiten stößt der Prüfer aber schon dann, wenn Erlaubnisinhaber eine juristische Person (GmbH, AG) ist, denn nur deren Vermögensverhältnisse dürfen in die Prüfung einbezogen werden, nicht dagegen die ihrer gesetzlichen Vertreter (Anm. 188). Ähnliche Schwierigkeiten dürfte der Prüfer bei einem in der Rechtsform eines Einzelunternehmens geführten Bauträger erfahren, da er allenfalls Zugriff auf die Geschäftskonten, nicht aber auf die Privatkonten erlangen könnte. Diese Maßnahmen reichen an die Prüfung der Bonität des Bauträgers heran, die rechtlich von §§ 53 Abs. 2, 34c Abs. 2 Nr. 2 GewO gedeckt sind, da ungeordnete Vermögensverhältnisse auch bei finanziellen Schwierigkeiten des Gewerbetreibenden zu bejahen sind und zu einer Rücknahme der Erlaubnis führen können (Anm. 189). Insgesamt betrachtet erhält die Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Bauträgers durch seine Bank für die Prüfung der Einhaltung der Vorschriften des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV einiges Gewicht.

Als vierte Möglichkeit kommt für den Prüfer in Betracht, den

Fortgang der Geschäftsvorfälle des Wohnungsunternehmens aus dem Prüfungsjahr im laufenden Kalenderjahr bis zum Prüfungszeitpunkt mit in die Prüfung einzubeziehen (Anm. 190). Die Vermögenslage eines Wohnungsunternehmens kann sich binnen kurzer Zeit drastisch verschlechtern, so daß ein solches Wohnungsunternehmen eher geneigt sein kann, zur Verbesserung seiner Liquidität sein Heil in einem Vorgehen nach dem Schneeballsystem zu suchen. Geschieht dies nach dem Prüfungszeitraum, ist der Prüfer, sofern er die Mißachtung der Vermögensbindung erkennt, nach der MaBV nicht verpflichtet, dies in seinem Prüfungsbericht zur Kenntnis der Behörde zu bringen (Anm. 191). Von diesem Sachverhalt wird die Behörde also erst ein- bis eineinhalb Jahre später mit dem Prüfungsbericht für dieses Kalenderjahr erfahren; ihr Einschreiten käme dann kaum noch rechtzeitig (Anm. 192).

In Ergänzung zu den gesetzlichen Vorschriften gelten jedoch auch für diese Prüfung die Fachgutachten und Stellungnahmen des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Düsseldorf, hier insbesondere die Stellungnahme WFA 1/1982 (Anm. 193), nach der der Prüfer bei der Durchführung auch Verstöße im neuen Kalenderjahr feststellen und im Prüfungsbericht darstellen muß. Diese sog. Redepflicht erhöht die Aktualität des Prüfungsberichtes - nicht nur im Hinblick auf die objektbezogene Mittelverwendung. Der Inhalt der Redepflicht im Zusammenhang mit der MaBV-Prüfung darf nicht mit der Redepflicht, die der allgemeinen Treuepflicht des Prüfers gegenüber dem Wohnungsunternehmen als seinem Auftraggeber in Anlehnung an § 166 Abs. 2 AktG entspringt, verwechselt werden, nach der der Prüfer über Tatsachen berichten muß, die den Bestand des Unternehmens gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können oder die schwerwiegende Verstöße der Geschäftsleitung gegen Gesetz oder Satzung erkennen lassen (Anm. 194). Der Unterschied beruht darauf, daß die Redepflicht nach der allgemeinen Treuepflicht nur gegenüber der Geschäftsleitung besteht und nicht

im Prüfungsbericht enthalten sein darf, die Redepflicht im Zusammenhang mit der MaBV-Prüfung jedoch ihren Sinn für die Aufrechterhaltung des Auftraggeberschutzes in erster Linie gegenüber der Behörde erfüllen soll und daher Bestandteil des Prüfungsberichtes sein muß. Daher ist der Ansicht von Küffner/Hilkinger (Anm. 195) nicht zuzustimmen, die diese verschiedenen Zielrichtungen nicht im erforderlichen Maße differenzieren. Dies folgt daraus, daß das Wohnungsunternehmen zwar die Prüfung in Auftrag gibt und den Prüfungsbericht empfängt, die Behörde jedoch der eigentliche Adressat des Prüfungsberichtes ist. Für den Ordnungsgeber würde es jedoch eine Kleinigkeit bedeuten, die MaBV diesbezüglich wirkungsvoller zu gestalten. Nach § 16 Abs. 1 Satz 3 MaBV könnte folgende Regelung aufgenommen werden:

"... Sofern der Prüfer anlässlich seiner Prüfungstätigkeit Verstöße des Gewerbetreibenden im laufenden Kalenderjahr feststellt, hat er diese Verstöße ebenfalls in den Vermerk aufzunehmen. ..."

Eine fünfte Möglichkeit beruht auf dem Vorschlag des Prüfers V (vgl. oben 3.3.2.2), der die objektbezogene Mittelverwendung mit Hilfe eines Vergleichs der Handwerkerrechnungen mit den Bautenstandsanzeigen prüfen will. Dies setzt voraus, daß sich das betroffene Bauvorhaben aus den Rechnungen erkennen läßt und daß darüber hinaus entsprechende Zahlungsbelege vorliegen. Die vorgeschlagene Prüfungshandlung stellt jedoch kein Novum dar, sondern entspricht der in § 16 MaBV angeordneten Prüfung der objektbezogenen Mittelverwendung und ist als Minimalanforderung an jede diesbezügliche Prüfungstätigkeit zu betrachten (Anm. 196). Als alleinige Prüfungsmaßnahme reicht dieser Vorschlag deshalb nicht aus, er müßte eine Ergänzung i.S. der oben behandelten, weiteren Anregungen und Vorschläge erfahren. Der Vorschlag stellt keine ins Gewicht fallende zusätzliche Prüfungstätigkeit dar, denn der Vergleich von Handwerkerrechnungen, Bauten-

standsanzeigen und Zahlungsbelegen ist ebenfalls zur Prüfung der termingerechten Verwendung nach § 3 Abs. 2 MaBV erforderlich.

Trotz der Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung und Nachprüfbarkeit der Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV kann auf sie aus Verbraucherschutzgründen nicht verzichtet werden, denn erst im Zusammenhang mit anderen Vorschriften erfährt sie ihren vollen Sinn.

§ 3 Abs. 2 MaBV verpflichtet den Bauträger zur Vorleistung, so daß im Zeitpunkt der Hereinnahme der Auftraggeber-Vermögenswerte dem Auftraggeber ein entsprechender Wert in der Bausubstanz zugewachsen ist. Allein mit dieser Regelung ist das Schneeballsystem nicht unterbunden, denn dem Bauträger wäre die Verwendung für andere Bauvorhaben möglich. Mit der Vermögensbindung wird erreicht, daß dem Bauträger für jedes Bauvorhaben die benötigten Mittel zur Verfügung stehen, die er dann je nach Baufortschritt abrufen kann. Hinsichtlich der Baubetreuer, die im Namen und für Rechnung des Auftraggebers die jeweiligen Verträge abschließen, ist die Vermögensbindung ebenfalls unabdingbar, da die anderweitige Mittelverwendung zur doppelten Inanspruchnahme durch die Vertragspartner des Auftraggebers führen kann. In § 4 Abs. 2 MaBV ist deshalb der Baubetreuer bei Verwirklichung eines Bauvorhabens für mehrere Auftraggeber verpflichtet, die Vermögensmittel des einzelnen Auftraggebers nur im Verhältnis der Kosten von dessen Bauobjekt zu den Gesamtkosten des Bauvorhabens zu verwenden, da § 3 Abs. 2 MaBV nur für Bauträger gilt. Der Auftraggeberschutz kann also nur durch das Zusammenspiel sowohl von § 3 Abs. 2 und § 4 MaBV im Hinblick auf die Bauträger als auch von § 4 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 MaBV hinsichtlich der Baubetreuer erreicht werden.

Trotz der aus der Praxis vorgetragenen Kritik u.a. wegen der schwierigen Handhabung dieser Vorschrift (Anm. 197) sah sich

der Verordnungsgeber bei der jüngsten Novellierung der MaBV (Anm. 198) nicht zu einer Änderung oder Aufhebung der Mittelverwendungsvorschrift veranlaßt. Es hieße, den Auftraggeberschutz einzuschränken, wenn das Mittelverwendungsgebot aufgehoben werden würde.

Wegen der möglichen strafrechtlichen (§ 148 Nr. 2 GewO; §§ 264 Abs. 7, 266 Abs. 1 2. Alternative (Treubruchstatbestand) StGB) und ordnungswidrigkeitsrechtlichen (§ 18 MaBV, § 144 Abs. 2 Nr. 1 GewO) Konsequenzen eines Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV sei auf die Erörterung in dem Beitrag von Holzmann (Anm. 199) verwiesen.

Feststellungen der Prüfung

1.1 Echte Rechtsverstöße

Unter dem Begriff "echte Rechtsverstöße" werden bewußte Verstöße gegen Verhaltenspflichten verstanden, obwohl die MaBV bestimmte Regelungen trifft, die allerdings unterschiedliche Interpretationen zulassen. Die Verstöße erfolgen einmal durch das verfrühte Abrufen der Auftraggeber-Vermögenswerte vor Erreichen der in § 3 Abs. 2 MaBV festgelegten Bautenstände, weil entweder der Bauträger seinen Auftraggeber über den tatsächlichen Bautenstand getäuscht hat oder weil Uneinigkeit zwischen Auftraggeber und Bauträger über das Erreichen eines Bautenstandes bestand. Zum anderen ist ein Verstoß gegen das Gebot des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV, die Vermögenswerte des Auftraggebers objektbezogen für dessen Bauvorhaben zu verwenden, gemeint, weil Bauträger oder Baubetreuer ihren Gewinn bzw. Verwaltungskostenanteil aus den Vermögenswerten für sich entnehmen.

1.1.1 Die Termine des § 3 Abs. 2 MaBV

Der Bauträger darf gem. § 3 Abs. 2 MaBV, sofern die allgemeinen Voraussetzungen für die Entgegennahme von Vermögenswerten gem. § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind, Vermögenswerte seines Auftraggebers höchstens in folgenden Teilbeträgen zu den jeweils angegebenen Terminen entgegennehmen, und zwar

"30 v.H. der Vertragssumme in den Fällen, in denen Eigentum an einem Grundstück übertragen werden soll, oder 20 v.H. der Vertragssumme in den Fällen, in denen ein Erbbaurecht bestellt oder übertragen werden soll, nach Beginn der Erdarbeiten,"

vom restlichen Teil der Vertragssumme

"40 v.H. nach Rohbaufertigstellung,

25 v.H. nach Fertigstellung der Rohinstallation einschl. Innenputz, ausgenommen bei Beiputzarbeiten,

15 v.H. nach Fertigstellung der Schreiner- und Glaserarbeiten, ausgenommen Türblätter,

15 v.H. nach Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe,

5 v.H. nach vollständiger Fertigstellung".

4.1.1.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers

§ 3 Abs. 2 MaBV ist eine der Kernvorschriften des Auftraggeberschutzes in der MaBV. Die Vorschrift soll sicherstellen, daß dem Auftraggeber genausoviel Wert an Grundstück und Gebäude zuwächst, wie er an Vermögensmitteln an den Bauträger zahlt. Der Bauträger darf daher erst nach und nicht gleichzeitig mit Erreichen der einzelnen Bautenstände die Vermögenswerte abrufen. Die Vorschrift soll verhindern, daß der Bauträger vor dem ersten Spatenstich die gesamte Auftragssumme erhält und der Auftraggeber - trotz objektbezogener Verwendung seiner Mittel - im Falle des Steckenbleibens seines Bauvorhabens, z.B. aufgrund Konkurses des Bauträgers, nur eine Bauruine erwerben kann, die er ggf. nur unter erhöhtem Kostenaufwand fertigstellen kann. Auch können Vermögensschädigungen des Auftraggebers auftreten, wenn der Bauträger über den erreichten Bautenstand täuscht und Überzahlungen des Auftraggebers veruntreut oder für andere Bauvorhaben verwendet. Letztlich soll erreicht werden, daß der Bauträger vor Beginn des Bauvorhabens dessen Finanzierung sicherstellt. § 3 Abs. 2 MaBV ordnet mit der gewählten Formulierung eine Vorleistungspflicht des Bauträgers an, indem er erst nach einem bestimmten Bautenstand die hierfür benötigten Beträge vom Auftraggeber erstattet bekommt. Der Bauträger darf dessen Vermögenswerte zur Ausführung des Auftrages erst dann entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen, wenn die juristisch-formellen Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind; erst danach darf der Bauträger die Vermögenswerte ratenweise nach den in § 3 Abs. 2 MaBV genannten bauspezifischen Terminen abrufen.

Da § 3 Abs. 2 MaBV eine öffentlich-rechtliche Verbraucherschutzvorschrift ist und nicht die zivilrechtlichen Ansprüche der Vertragsparteien regeln will, bedarf es im Interesse eines jeden Auftraggebers zum Zwecke seiner Befähigung zur Überwachung und der individualvertraglichen Bindung einer Aufnahme der Baufortschrittstermine in den notariell beurkundeten Kaufvertrag als Bestimmung der Fälligkeit, wobei Fragen der Erfüllung, des Zurückbehaltungsrechtes etc. ebenfalls vertraglich geregelt werden sollten. Bei fehlender Vereinbarung greifen (ergänzend) die Bestimmungen des BGB und des AGBG ein (Anm. 200).

Die in § 3 Abs. 2 MaBV verwandten Begriffe stammen sowohl aus wohnungswirtschaftlichen als auch aus technischen Bereichen und bewirken deshalb bei Auftraggeber und Bauträger eine tatsächliche Unsicherheit über die Bestimmung der Fälligkeitszeitpunkte.

Demgegenüber bietet § 3 Abs. 1 MaBV eine für Auftraggeber und Bauträger grundsätzlich größere Klarheit, da die dort genannten Voraussetzungen sich an Formellem orientieren, z.B. Mitteilung des Notars über die Rechtswirksamkeit des Vertrages, Eintragung bzw. Eintragungsantrag der Vormerkung zugunsten des Auftraggebers etc. Die Nachprüfung der Verwirklichung dieser Voraussetzungen wird durch objektive Kriterien erleichtert, während das Vorliegen der Bautenstände eher eine Frage subjektiver Ansicht von Auftraggeber und Bauträger sein kann.

Basis für die Prozentsätze der Baufortschrittsraten ist die Vertragssumme als der im notariellen Vertrag für das Grundstück und das Bauwerk einschließlich Neben- und Außenanlagen ausgewiesene Gesamtkaufpreis (Anm. 201).

4.1.1.2 Prüfermeinungen

Übereinstimmung herrschte bei allen Prüfern über die Schwierigkeit der Bestimmung der Baufortschrittstermine. Ihre Ansichten reichten von "... lassen sich so gut wie gar nicht bestimmen." bis zur möglichen Bestimmbarkeit von Rohbaufertigstellung und Bezugsfertigkeit, wobei die übrigen Bautenstände als fließend ineinanderübergehend angesehen wurden.

Die Probleme beruhten insbesondere darauf, daß die Prüfung der Übereinstimmung von Bautenstand mit Abruf der Auftraggebermittel erst im Nachhinein erfolgt und in stärkerem Maß von der Qualität der -geführten Unterlagen abhängt. Als Hilfsmittel wurden von den Prüfern die jeweiligen Bautenstandsberichte, das Bautagebuch, die behördlichen Abnahmescheine und die einzelnen Handwerkerrechnungen herangezogen; zusätzlich erfolgten Plausibilitätskontrollen.

Auf Besonderheiten wiesen folgende Prüfer hin:

Prüfer II hielt den Rohbauabnahmeschein deshalb nicht für ein taugliches Nachweismittel, weil er für ein Bauvorhaben i.S.d. Bauwirtschaft erteilt werde, wonach ein Bauvorhaben mehrere Gebäude auf einem Areal umfasse, bei denen das letzte Haus im Rohbauzustand sein könne, alle anderen Gebäude aber bereits fertig sein könnten.

Zur Verdeutlichung der Unklarheit der Regelung führte Prüfer III einen Fall mit 10 Reiheneinfamilienhäusern und 10 Auftraggebern an, von denen je nach Bautenstand die Raten eingefordert wurden. Da § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV sich auf das Bauvorhaben, also auf die ganze Zeile beziehe, sei fraglich, ob für den Abruf der Auftraggebergelder der Stand des einzelnen Reihenhauses oder der ganzen Reihe maßgeblich sei. Wenn es auf den Stand der ganzen Reihe ankomme, sei zu berücksichtigen, daß im ersten Reihnhaus u.U. schon die Roh-

installation fertig sein könne (Fälligkeit der dritten Rate), im letzten Haus aber erst die Kellerdecke eingezogen worden sei (Fälligkeit der ersten Rate).

Nach den Erfahrungen des Prüfers V werde in den Verträgen zwischen Bauträger und Handwerkern vielfach die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B (VOB/B) vereinbart. Gem. § 16 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 3 VOB/B haben die Handwerker das Recht, innerhalb kurzer Zeitabstände Abschlagszahlungen nach bestimmten Fristen zu verlangen. Der Beginn dieser Fristen ist von den Handwerkern selbst bestimmbar (§ 16 Nr. 1 Abs. 3 und Abs. 1 VOB/B); eine Übereinstimmung mit den Terminen des § 3 Abs. 2 MaBV besteht kaum, da diese zeitlich weiter auseinanderliegen als die einzelnen, häufigeren Abschlagszahlungen. Der Bauträger befinde sich daher in der schwierigen Lage, daß er die Handwerker bezahlen müsse, ohne von seinem Auftraggeber Vermögenswerte verwenden zu dürfen, da er insoweit vorleistungspflichtig sei.

Prüfer VI brachte ebenfalls den Hinweis auf § 16 VOB/B und meinte, die Ratentermine ließen sich schlecht bestimmen, da die Handwerker oft erst in Herbst und Winter die Endrechnungen für ihre Leistungen in Frühjahr und Sommer ausstellten.

Prüfer VIII hielt den Beginn der Erdarbeiten dann schon für gegeben, wenn der Humus weggeräumt werde; der Grubenaushub könne aber noch bis zu einem Jahr dauern, z.B. wegen unerwartetem Auftreten technischer Probleme. Seiner Ansicht nach wäre eine andere Anzahl von Raten und eine andere Ratenhöhe wünschenswert. Der Abruf der letzten Rate könne sich sehr lange hinauszögern. Dies führe zu einem Liquiditätsverlust, da die Höhe der letzten Rate nicht nur 5 % der Vertragssumme ausmache, sondern mehr, wenn die Gewährleistungssumme zurückbehalten werde. Die letzte Rate erfülle aber auch z.B. in Höhe von 0,5 % ihren Zweck.

Prüfer IX wollte die erste Rate wegen der hohen Grundstücks-kosten in je einen Betrag für Grundstück und Erdarbeiten aufgeteilt wissen.

Prüfer X schilderte in seinem Prüfungsbericht L einen Fall des sog. Konzerntatbestandes, in dem das Grundstück von einem Architekten auf den Auftraggeber übertragen wurde. Der Abschluß des Grundstücks-Kaufvertrages und des Bauvertrages mit dem jeweiligen Auftraggeber erfolgte in einer einzigen Urkunde; nach Vorliegen der Voraussetzung des § 3 MaBV wurde der Grundstückskaufpreis an den Architekten und der Rest ratenweise an den Bauträger bezahlt.

Aus den Prüfungsberichten A, B, G, H, J und K des Prüfers XI ließen sich die einzelnen Prüfungsschritte erkennen:

1. Feststellungen zu den einzelnen Bauvorhaben
2. Feststellungen zu den einzelnen Vertragsobjekten
3. Feststellungen zu den Zahlungseingängen
4. Abstimmung der Daten.

Im weiteren Verlauf der Prüfungsberichte gab der Prüfer die Nachweise für den jeweiligen Abruf der Auftraggebermittel an, also das Vorliegen der Baugenehmigung, der Baufortschrittsanzeigen und der Abnahmescheine. Mit Plausibilitätskontrollen prüfte er die Bautenstände anhand der Abschlagszahlungen des Bauträgers an die Handwerker und des Abrufs der Auftraggebermittel, wobei er feststellte, daß die Zahlungseingänge zeitlich nach den jeweilig erreichten Bautenständen lagen. Soweit die Auftraggeber ihre Kaufpreisfinanzierungsansprüche gegenüber ihrem Kreditinstitut an den Bauträger abgetreten hatten, vermerkte er in dem Prüfungsbericht, daß der Bauträger die Raten von dem jeweiligen Bankkonto bzw. Notaranderkonto unter Vorlage der Baufortschrittsanzeigen abgerufen hatte. Im übrigen verwies er auf die Tatsache, daß der Zahlungsplan aus dem notariellen Vertrag mit dem des § 3 MaBV übereinstimmte.

In dem Prüfungsbericht H wies er auf den Umstand hin, daß der Bauträger zeitlich vor den Notarmitteilungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 MaBV von zwei Auftraggebern Beträge in Höhe von je DM 5.000,-- vereinnahmt hatte. Lt. Prüfungsbericht K hatte der Bauträger regelmäßig in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Beurkundung des Kaufvertrages einen Teil der ersten Kaufpreisrate eingefordert, der auf Notaranderkonto hinterlegt wurde.

4.1.1.3 Stellungnahme

Wichtigstes Ziel der Vorschrift des § 3 Abs. 2 MaBV ist es, die Vermögenswerte des Auftraggebers vor einem verfrühten Abruf durch den Bauträger zu schützen, weil die Zahlungen dem steten Wertzuwachs am Grundstück des Auftraggebers entsprechen sollen. Das zwingt zu der Folgerung, daß sich Höhe und Fälligkeitstermine der einzelnen Raten aus dem notariellen Kaufvertrag ergeben müssen. Erforderlich ist, daß die Kriterien der Fälligkeitstermine eindeutig und relativ leicht aus dem Notarvertrag erkennbar sind. Denn dem Auftraggeber muß es möglich sein, selbst die jeweiligen Fälligkeitstermine zu bestimmen und vor Ort zu kontrollieren, was zugleich den frühesten und wirksamsten Schutz des Auftraggebers darstellt. Schließlich erfolgt die Prüfung des Bauträgers erst später, deren Effizienz im Hinblick auf die Stichprobenprüfung zumindest eingeschränkt ist (s.o. 3.3.1). Gleichwohl ermöglicht die Festlegung der Fälligkeitsraten und -termine im notariellen Vertrag die Überprüfung der Einhaltung der Vorschrift, so daß der Prüfer ohne großen Aufwand auch im Rahmen der Stichprobenprüfung diese Kontrolle durchführen kann.

Ist daher, wie in dem untersuchten Notarvertrag (01) erfolgt (s.o. 3.3.1.3), nicht die Fälligkeitsvoraussetzung "Erteilung der Baugenehmigung" nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 MaBV mitvereinbart, und kann der Bauträger die erste Rate nach § 3

Abs. 2 Nr. 1 MaBV sofort einfordern, da die Fälligkeitsvoraussetzung "nach Beginn der Erdarbeiten" fehlt, stellt es einen Verstoß gegen diese Vorschrift dar, wenn die Zahlung des Auftraggebers vor Erteilung der Baugenehmigung und vor Beginn der Erdarbeiten angefordert und geleistet wurde. Die gleiche Konsequenz ergibt sich hinsichtlich der Verträge (02) und (03). Insbesondere entsprachen die Kaufpreisfälligkeiten des Vertrages (03) nicht den Anforderungen des § 3 Abs. 2 MaBV. Vertraglich war vorgesehen, daß der Bauträger erheblich höhere Raten fordern dürfte, deren Beträge (natürlicherweise) erst mit der letzten Rate den Stand von 100 Prozent der gesamten Auftragssumme erreichten. Außerdem waren weitere, der MaBV unbekannte Fälligkeitszeitpunkte, z.B. Fertigstellung der Kellerdecke, Fertigstellung der Erdgeschoßdecke, vereinbart worden. Die nach § 3 Abs. 2 MaBV vorgesehene Vorleistungspflicht des Bauträgers bestand daher in Anbetracht der im Vergleich zu den Fälligkeiten nach der MaBV zu früh angeforderten Zahlungen des Auftraggebers nicht. Unabhängig davon und von der Frage der Rechtswirksamkeit eines solchen Vertrages (s.u. ausführlich in Abschn. 5) besteht in diesen Fällen eine vertragliche Nebenpflicht des Bauträgers zur Einhaltung der Fälligkeitsvoraussetzungen des § 3 MaBV (s.u. 5.2.2).

Nachdem einige Untersuchungsergebnisse den Abruf der Auftraggebervermögenswerte durch den Bauträger insgesamt betreffen, soll zunächst auf diesen Bereich eingegangen werden, bevor eine Stellungnahme zu den einzelnen Baufortschrittsterminen erfolgt.

Da der Auftraggeber i.d.R. den Kaufpreis fremdfinanziert und seinen Auszahlungsanspruch gegenüber dem Kreditinstitut an den Bauträger abtritt (Anm. 202), muß sichergestellt sein, daß der Bauträger die Vermögenswerte nur dem Baufortschritt entsprechend abrufen kann. Der Abruf kann sowohl von dem Darlehenskonto des Auftraggebers als auch von einem Ander-

konto des beurkundenden Notars erfolgen, soweit der jeweilige Bautenstand erreicht ist und der Bauträger dies dem Kreditinstitut bzw. Notar mit einer Bautenstandsanzeige nachweist. Da das Kreditinstitut wie auch der Notar i.d.R. nicht imstande sein werden, die schützenswerten Interessen der Auftraggeber wahrzunehmen, indem sie den erreichten Bautenstand kontrollieren, ist von dem Bauträger zu verlangen, daß er dem Auftraggeber ebenfalls entsprechende Mitteilungen zu machen hat (Anm. 203).

Bei der von Prüfer III aufgeworfenen Problematik, ob für den Abruf einer Baufortschrittsrate bei einer Zeile von Reiheneinfamilienhäusern der Stand der ganzen Zeile als Bauvorhaben i.S.d. § 4 Abs. 1 Nr. 2 HS 2 MaBV oder der Stand des einzelnen Reiheneinfamilienhauses entscheidend ist, ist zu berücksichtigen, daß § 4 Abs. 1 Nr. 2 HS 2 MaBV eine Fiktion des Bauvorhabens für die Zwecke der objektbezogenen Mittelverwendung aufstellt; diese Fiktion soll aber nicht den Begriff des Bauvorhabens für den gesamten Bereich der MaBV festlegen (Anm. 204). § 3 MaBV regelt nicht, worauf sich die in Abs. 2 genannten Bautenstände beziehen, bei deren Erreichen bestimmte Raten der insgesamt zu entrichtenden Vertragssumme zu zahlen sind (Anm. 205). Abzustellen ist daher auch bei einer Zeile von Reiheneinfamilienhäusern auf das jeweilige Gebäude eines Auftraggebers (Anm. 206).

Bei den Terminen "nach Beginn der Erdarbeiten" des § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV und "nach Rohbaufertigstellung" des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV ist eine aufgrund des technischen Bauvorgangs nur geringfügige Abweichung innerhalb der Zeile wohl zu vernachlässigen. Bei den übrigen Terminen "Fertigstellung der Rohinstallation sowie der Schreiner- und Glaserarbeiten, Bezugsfertigkeit und vollständige Fertigstellung" des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV hängt die Fälligkeit der jeweiligen Rate, insbesondere bei den beiden letzten Terminen, von dem jeweiligen Gebäude ab; Sinn und Zweck der MaBV kann es nicht

sein, den Bauträger zu benachteiligen, indem man den Ausgleich für seine Vorleistung an einem Reiheneinfamilienhaus von dem Erreichen eines Bautenstandes an einem anderen Reiheneinfamilienhaus abhängig läßt.

Prüfer V hatte auf das zeitliche Auseinanderfallen der Abschlußzahlungen nach § 16 Nr. 1 VOB/B des Bauträgers an die Bauhandwerker gegenüber der Entrichtung der Auftraggebergelder nach § 3 Abs. 2 MaBV an den Bauträger hingewiesen. Auch Prüfer VI vertrat die Ansicht, daß sich der Vergleich der Baufortschrittstermine mit der entsprechenden Zahlungsanforderung an den Auftraggeber auch deshalb schwer bestimmen ließe, weil die Handwerker bei vereinbarter Geltung des § 16 VOB/B Abschlagszahlungen während der Bauzeit z.B. im Frühjahr und Sommer erhielten, die betreffende Schlußabrechnung aber erst während der bauruhigen Zeiten in Herbst und Winter erstellten. Da der Bauträger aufgrund des § 3 MaBV zur Vorleistung gezwungen werden sollte (Anm. 207), darf die Vereinbarung des § 16 VOB/B in Verträgen des Bauträgers mit den Bauhandwerkern nicht dazu führen, daß der Bauträger aus Liquiditätsgründen vor Erreichen der einzelnen Bautenstände Auftraggebergelder für Abschlagszahlungen an Handwerker verwendet. Insofern müssen die vertraglichen Vereinbarungen des Bauträgers mit den Handwerkern scharf von der Geltung des § 3 Abs. 2 MaBV im Verhältnis des Bauträgers zu seinem Auftraggeber getrennt werden. Obwohl i.d.R. schon in dem notariellen Bauträgervertrag mit dem Auftraggeber die Geltung der Fälligkeitstermine des § 3 Abs. 2 MaBV vereinbart wird, ist in den Fällen, wo dies nicht erfolgt sein sollte, eine den § 16 VOB/B berücksichtigende Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Bauträger ausgeschlossen. Denn die Leistungen des Bauträgers gegenüber dem Auftraggeber sind anders gear- tet als die typischen VOB-Leistungen eines Bauunternehmers und gehen über die in der VOB beschriebenen Leistungen weit hinaus: "Der Bauträger ist ein Unternehmen der Wohnungs- und Grundstückswirtschaft, nicht der Bauwirtschaft" (Anm. 208).

Prüfer XI wies in dem Prüfungsbericht K darauf hin, daß der in der Kaufurkunde gesondert ausgewiesene Kaufpreis einer Garage abweichend von § 3 Abs. 2 MaBV an den Bauträger ausbezahlt wurde. Da § 3 MaBV von der "Vertragssumme" ausgeht, die Grundstück, Gebäude und Neben- und Außenanlagen umfaßt (Anm. 209), sind die Erstellungskosten einer Garage von den einzelnen Raten mit erfaßt; hierbei muß die Garage spätestens vor Fertigstellung der letzten Rate "vollständige Fertigstellung" hergestellt sein (Anm. 210). Ist der Kaufpreis einer Garage als gesonderte Vertragssumme im Bauträgervertrag ausgewiesen, ist die Garage als eigenständiges Bauvorhaben i.S.d. § 34 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO einzustufen (Anm. 211), auf das die Regeln der MaBV, hier § 3 MaBV, anzuwenden sind. Das bedeutet, daß die in dem Prüfungsbericht K erwähnte erste Rate in Höhe von 30 % des Garagenkaufpreises erst nach Vorliegen der Voraussetzung des § 3 Abs. 1 MaBV und des § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV (Beginn der Erdarbeiten) vom Bauträger entgegengenommen hätten werden dürfen. Insofern hat der Prüfer einen Verstoß gegen § 3 MaBV festgestellt, jedoch nicht im Prüfungsvermerk aufgeführt, ohne zu begründen, warum er hierin keinen Verstoß gesehen hat (Anm. 212). Die Fälligkeitstellung der restlichen 70 % erst bei Übergabe/Abnahme der Garage stellt keinen Verstoß dar, falls man die vollständige Fertigstellung zu diesem Zeitpunkt unterstellt.

Soweit Prüfer XI in seinem Prüfungsbericht H erwähnte, daß der Gewerbetreibende bereits mit Errichtung der beiden Kaufurkunden Anzahlungen von je DM 5.000,-- vereinnahmt hatte, stellt dies einen Verstoß bereits gegen § 3 Abs. 1 MaBV dar, den der Prüfer auch ordnungsgemäß in den Prüfungsvermerk aufgenommen hat.

Nach den vorstehenden, alle Baufortschrittstermine betreffenden Ausführungen soll im folgenden die Bestimmung der Termine versucht werden.

Als Hilfsmittel für die Nachprüfung der Einhaltung der Bau-fortschrittstermine kommen die täglichen Bautenstandsmeldungen des leitenden Architekten, das Bautagebuch sowie Leistungsabnahmeprotokolle des Bauträgers in Betracht. Ein ungenaueres Bild ergeben Handwerker-Abschlagszahlungs-Rechnungen, weil diese auch schon Vorbereitungsarbeiten mit umfassen können. Läßt sich der Termin wegen fehlender oder ungenauer Aufzeichnungen und Unterlagen nicht fixieren, hat der Prüfer den Zeitpunkt unter Zuhilfenahme von anderen Unterlagen, ggf. auch späteren Bautenstandsmeldungen, durch Zurückrechnung unter Berücksichtigung der Größe des Bauvorhabens zu schätzen und einen Sicherheitszuschlag bis zum Tag der Anforderung der jeweiligen Rate zu machen. Geringfügige Restarbeiten können darüber hinaus außer Betracht gelassen werden, wenn sie im Verhältnis zu den Kosten des jeweiligen Bauabschnitts wertmäßig nicht zu Buche schlagen (Anm. 213).

Falls die Prüfer hinsichtlich des Nachweises des jeweilig erreichten Bautenstands bestimmte Vorstellungen äußerten, z.B. Rohbauabnahmeschein, wird hierauf in den folgenden Abschnitten eingegangen.

Die 1. Rate darf der Bauträger erst "nach Beginn der Erdarbeiten" in Höhe von 30 % der Vertragssumme anfordern.

Mit dieser Rate sollen die Grundstücks- und Erschließungskosten, etwaige einmalige öffentlich-rechtliche Folgekosten, die Gebühren für Architekten- und Ingenieurleistungen sowie die Kosten der Verwaltungsleistungen des Bauträgers abgegolten werden (Anm. 214). Das bedeutet, daß das Ausschachten der Baugrube bereits zur Herstellung des Gebäudes gehört (Anm. 215) und die Kosten hierfür erst mit der 2. Rate (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV) abgedeckt werden dürfen (Anm. 216).

Die Erdarbeiten werden technisch in der DIN 18 300 Ziff. 1.1 (Anm. 217) definiert als das "Lösen, Laden, Fördern, Einbau-

en und Verdichten von Boden und Fels" (Anm. 218). Nicht hierzu zählen Arbeiten, die das Grundstück des Auftraggebers nicht unmittelbar berühren, z.B. Verlegung der Kanalisation im Straßenbereich (Anm. 219) oder Vorbereitungsarbeiten wie das Herrichten des Grundstücks, z.B. Fällen der Bäume (Anm. 220). Maßgeblich für den Beginn der Erdarbeiten ist das Abtragen des Mutterbodens (Anm. 221), der erste Spatenstich (Anm. 222) bzw. das Eindringen in den Erdboden (Anm. 223). Liegt danach die Anforderung der 1. Rate nach dem Beginn der Erdarbeiten, liegt insofern kein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV vor.

Dem Vorschlag des Prüfers IX (oben 4.1.1.2) könnte durch eine Änderung des § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV Rechnung getragen werden, indem der Bauträger nach Vorliegen der Voraussetzung des § 3 Abs. 1 MaBV 20 % der Vertragssumme für das Grundstück und 10 % der Vertragssumme nach Beginn der Erdarbeiten einfordern dürfte. Dem Auftraggeberschutz wäre auch mit dieser Regelung Genüge geleistet (Anm. 224).

Der in dem Prüfungsbericht L des Prüfers X (oben 4.1.1.2) festgehaltene Sachverhalt des sog. Konzerntatbestandes (vgl. oben im 2. Teil 2.2) verstößt nicht gegen § 3 MaBV, da der Gewerbetreibende als Bauträger qualifiziert wurde und sichergestellt war, daß der auf Notaranderkonto gezahlte Betrag von 30 % der Vertragssumme erst nach Beginn der Erdarbeiten anteilig an den Grundstücksveräußerer und an den Gewerbetreibenden ausbezahlt wurde. Aus einer Aufstellung im Prüfungsbericht ergibt sich, daß der Grundstücksanteil durchschnittlich 21,45 % und der Anteil für den Gewerbetreibenden durchschnittlich 8,55 % der Vertragssumme eines jeden Auftraggebers betragen. Diese prozentuale Aufteilung entspricht daher ungefähr auch dem vorstehend zitierten Vorschlag des Prüfers IX.

Der in dem Prüfungsbericht K des Prüfers XI (oben 4.1.1.2)

dargestellte Fall kann ebenfalls nicht als Verstoß gegen § 3 MaBV betrachtet werden, da der Bauträger die Vermögenswerte des Auftraggebers wegen der Einzahlung auf Notaranderkonto noch nicht erhalten hatte (Anm. 225).

Die 2. Rate darf der Bauträger erst "nach Rohbaufertigstellung" anfordern, also in Höhe von 40 % der Restvertragssumme bzw. 28 % der gesamten Vertragssumme.

Soweit die Prüfer II, III, VI und VIII das Vorliegen des behördlichen Rohbauabnahmescheins und die sich daran anschließende Anforderung der 2. Rate feststellten, hat der Bauträger vor dem Zeitpunkt "Rohbaufertigstellung" keine Vermögenswerte der Auftraggeber erhalten. Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV kann darin nicht gesehen werden. Schwieriger ist die Beurteilung, wenn vor der Erteilung des Rohbauabnahmescheins der Bauträger die 2. Rate anfordert. Dann kommt es entscheidend darauf an, wann der Rohbau fertiggestellt ist.

Während vor Erlaß der MaBV am 13.5.1975 die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 DVO (Anm. 226) die "Rohbauabnahme" die Fälligkeit bestimmte, ist es nunmehr der unklare Begriff der Rohbaufertigstellung (Anm. 227). Die Anforderungen haben sich in technischer Hinsicht jedoch nicht geändert, so daß alle Arbeiten fertiggestellt sein müssen, die die Rohbauabnahmefähigkeit bewirken. Deren Vorliegen ergibt sich aus den einschlägigen Landesbauordnungen. Nach Art. 98 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BayBauO wird für die Ausstellung des Rohbauabnahmescheins nach Art. 98 Abs. 5 BayBauO die Vollendung der tragenden Teile, Kamine, Brandwände und der Dachkonstruktion vorausgesetzt; in § 96 Abs. 2 und Abs. 5 BauO NW findet sich eine nahezu wortgleiche Regelung. Hinsichtlich der Treppen muß es ausreichen, daß diese begehrbar und noch nicht mit den durch weitere Arbeiten gefährdeten Stufenbelägen versehen sind (Anm. 228). Die zitierten Landesbauordnungen gehen ein-

heitlich von dem Erfordernis der Dachkonstruktion und nicht von der Dacheindeckung aus. Der entgegenstehenden Ansicht von Reithmann (Anm. 229) und von Pohlmann (Anm. 230), die die Dacheindeckung für erforderlich halten, ist daher nicht beizupflichten. Insbesondere Pohlmann (Anm. 231) ist entgegenzuhalten, daß er die vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Preisindizes mit 47,38 % der Rohbaukosten einschl. der Dachdeckungs- und Dachabdichtungsarbeiten in etwa für vergleichbar mit den 40 % der 2. Rate des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV hält. Dies trifft jedoch nicht zu, denn die 40 % bemessen sich vom Rest der Vertragssumme (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV, einleitender Satzteil), betragen also nur 28 % der gesamten Vertragssumme, was eine Differenz von fast 20 % ergibt.

Die 3. Rate knüpft an die "Fertigstellung der Rohinstallation einschl. Innenputz, ausgenommen Beiputzarbeiten" mit einer Höhe von 25 % der Restvertragssumme bzw. 17,5 % der gesamten Vertragssumme an und hat nach den Untersuchungsergebnissen zu keinen nennenswerten Schwierigkeiten geführt. Nach Art. 4 Ziff. 3 der Zweiten Verordnung zur Änderung gewerberechtlicher Vorschriften vom 28.11.1979 (Anm. 232) wurden die bisher zu Streitfragen führenden Beiputzarbeiten ausgenommen.

Auch bezüglich der 4. Rate "Fertigstellung der Glaser- und Schreinerarbeiten, ausgenommen Türblätter" in Höhe von 15 % der Restvertragssumme bzw. 10,5 % der Gesamtvertragssumme erfolgte eine Klarstellung (Anm. 233), wonach die Türblätter wegen Beschädigungsgefahr aus dem Lieferumfang herausgenommen wurden.

Die 5. Rate darf erst "nach Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe" in Höhe von 15 % der restlichen Vertragssumme bzw. 10,5 % der gesamten Vertragssumme angefordert werden. Sie setzt, wie die Rohbaufertigstellung, nicht die behördliche

Schluß- bzw. Gebrauchsabnahme voraus (Anm. 234). Wann Bezugsfertigkeit gegeben ist, muß nach allgemeiner Verkehrsauffassung beurteilt werden. Das Gebäude muß demnach so weit fertiggestellt sein, daß dem Auftraggeber bzw. den zukünftigen Bewohnern ein Bezug zugemutet werden kann (Anm. 235). Da ein Gebäude vor Erteilung des Gebrauchs-Schlußabnamescheins grundsätzlich nicht benutzt werden darf (Anm. 236) und eine Zuwiderhandlung als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann (Anm. 237), ist von daher die Definition der Zumutbarkeit einzuschränken.

Die Besitzübergabe stellt die Einräumung der tatsächlichen Sachherrschaft i.S.d. § 854 Abs. 1 BGB dar, die sich nach außen durch die Übergabe der Schlüssel dokumentiert.

Die vertraglich vorgesehene Übergabeverhandlung zwischen Auftraggeber und Bauträger wird i.d.R. in einem schriftlichen Abnahmeprotokoll festgehalten, so daß dieses Schriftstück am besten geeignet ist, den Zeitpunkt von Bezugsfertigkeit und Besitzübergabe für die Einhaltung dieses Baufortschritterms der Nachprüfung zugänglich zu machen. Schließlich kann das Abnahmeprotokoll zugleich die werkvertragliche Abnahme i.S.d. § 640 Abs. 1 BGB mit beinhalten.

Die Fälligkeit der 6. Rate in Höhe von 5 % der restlichen Vertragssumme bzw. 3,5 % der gesamten Vertragssumme setzt die "vollständige Fertigstellung" voraus, d.h., alle vom Bauträger vertraglich geschuldeten Leistungen müssen erbracht sein, also auch Außen- und Nebenanlagen sowie Garagen (Anm. 238). Mängelrügen berechtigen den Auftraggeber nicht zur Zurückbehaltung dieser letzten Rate, jedoch die bei einer etwaigen vom Bauträger und Auftraggeber durchgeführten Schlußabnahme festgelegten Restarbeiten (Anm. 239), da der Auftraggeber unabhängig von § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB hat, das wegen § 11 Nr. 2 lit. a AGBG auch nicht durch die regelmäßige verwen-

ten Formularverträge wirksam ausgeschlossen werden kann. Insofern besteht kein Bedürfnis für die von Prüfer VIII (vgl. oben 4.1.1.2) gewünschte Verringerung dieser Rate im Interesse des Bauträgers.

Für die Nachprüfung der Einhaltung dieser Vorschrift durch den Bauträger ergibt sich nun folgendes Bild:

Erfolgt eine Schlußabnahme, in der Restarbeiten festgelegt wurden, ist auf die schriftliche Bestätigung über die Beendigung dieser Arbeiten des Auftraggebers zurückzugreifen. Hat keine schriftliche Übergabeverhandlung nach dem vorletzten Bautenstandstermin stattgefunden, erfolgt sie demnach erst nach dem letzten Termin, so daß dieser Zeitpunkt damit nachprüfbar ist.

1.2 Gewinnentnahme und Verwaltungskosten

Gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV darf ein Wohnungsunternehmen die Vermögenswerte des Auftraggebers, die es erhalten hat oder zu deren Verwendung es ermächtigt worden ist, nur zur Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens, auf das sich der Auftrag bezieht, verwenden. Diese Vorschrift soll sicherstellen, daß die Vermögenswerte des Auftraggebers nicht einem fremden Bauvorhaben zugute kommen und daß sie bis zur Fertigstellung des Bauvorhabens vorhanden bleiben. Deswegen ist fraglich, ob ein Wohnungsunternehmen vor Fertigstellung aus den vereinnahmten Auftraggebermitteln seinen kalkulatorischen Gewinn entnehmen und Beträge für seine Verwaltungskosten abziehen darf. Schließlich ist der Frage nachzugehen, inwieweit ein Bauträger den Wert eines Grundstücks aus eigenen Beständen berücksichtigen darf.

1.2.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers

Die größte Gefahr für das Vermögen eines Auftraggebers be-

steht dann, wenn sein Bauvorhaben nicht fertiggestellt werden kann, weil er zwar Mittel in ausreichender Höhe zur Verfügung gestellt hat, diese Mittel aber infolge vorzeitiger Entnahme von Gewinn und Verwaltungskosten durch das Wohnungsunternehmen die Vollendung des Bauvorhabens nicht ermöglichen. Aus diesem Grund kann das Bauvorhaben stecken bleiben, so daß der Auftraggeber zusätzliche finanzielle Mittel zur Fertigstellung aufzubringen gezwungen ist.

Schließlich steht die Höhe des tatsächlichen Gewinns erst nach vollständiger Fertigstellung fest, denn infolge gestiegener Preise oder Fehlkalkulationen kann der ursprünglich berechnete Gewinn ganz oder teilweise aufgezehrt sein. Soweit eine Gewinnentnahme bereits bei Bezugsfertigkeit (vorletzte Rate nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV) für zulässig erachtet wird, im einzelnen dazu später, müßte sichergestellt sein, daß die Kosten für Restarbeiten den Betrag der letzten Rate, "vollständige Fertigstellung" gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV, nicht überschreiten.

4.1.2.2 Prüfermeinungen

Unterschiedliche Meinungen herrschten bei den befragten Prüfern bezüglich des Zeitpunktes der Gewinnentnahme vor; die einen wollten die Gewinnentnahme bereits mit der vorletzten Rate, die anderen mit der letzten Rate zulassen. Einige Prüfer wiesen auch darauf hin, daß in den zulässigerweise vorher abziehbaren Verwaltungskosten Gewinnanteile enthalten sein können, deren Höhe sich kaum bestimmen lasse. Prüfer I meinte, eine Gewinnentnahme sei dann kaum kontrollierbar, wenn der Gewerbetreibende nur über ein einziges Bankkonto verfüge, auf dem sich Eigenmittel und Auftraggebergelder befänden.

Falls das Wohnungsunternehmen in der Rechtsform einer GmbH betrieben wird, stellte sich für Prüfer III das Problem, ob

das Gehalt eines Gesellschafter-Geschäftsführers als Verwaltungskosten oder als Gewinn zu betrachten sei, denn das "Gehalt" eines geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft entspricht auch einem bestimmten Gewinnanteil. Hat ein Baubetreuer sein Honorar im Vertrag nicht gesondert ausgewiesen, weil es im Festpreis enthalten ist, darf er seinen Gewinn nach Auffassung des Prüfers VII erst nach Fertigstellung entnehmen, da vorher die Höhe der reinen Baukosten nicht feststeht. Für Prüfer IX ergab sich eine Diskrepanz daraus, daß nach dem Wortlaut der MaBV der Gewinn erst mit der letzten Rate entnommen werde dürfe, im Falle der Sicherheitsleistung gem. § 7 Abs. 1 MaBV sei ein Bauträger aber an § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV nicht gebunden, so daß er dann mit Beendigung der Pflicht zur Sicherheitsleistung, also nach der vorletzten Rate, einen Gewinn schon früher entnehmen kann.

Soweit sich die Prüfer dazu äußern konnten, hielten sie die Verwaltungskosten des Wohnungsunternehmens für vorher abziehbar. Bezüglich der Höhe bestanden unterschiedliche Ansichten, es wurden jedoch überwiegend die Richtlinien der §§ 8 und 9 der II. Berechnungsverordnung (Anm. 240) als Vergleichsmaßstab für anwendbar gehalten. Ein etwaiger Restbetrag sollte nach Ansicht des Prüfers VII dem Gebot des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV zur objektbezogenen Verwendung unterliegen.

Unklar war Prüfer VIII, in welcher Höhe ein Bauträger seine Kosten für ein Baugrundstück aus eigenen Beständen ansetzen darf, wenn es z.B. 1975 zum Preis von DM 150,--/qm gekauft und 1980 zum Preis von DM 200,--/qm im Rahmen eines Bauvorhabens an den Auftraggeber veräußert wurde; Prüfer IX setzte in einem ähnlichen Fall den Differenzbetrag zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis als abziehbare Verwaltungskosten an. Dagegen möchte Prüfer VI den gesamten Grundstückswert als Verwaltungskosten abziehen.

Prüfer XI hatte in seinem Prüfungsbericht C festgehalten, daß der Bauträger für Verwaltungsaufwendungen monatlich bestimmte Beträge von dem Baubankkonto abgebucht hatte; auch berichtete er über Gewinnausschüttungen an einen stillen Gesellschafter in namhafter Höhe seit Baubeginn. Beide Vorfälle hielt der Prüfer für beanstandungsfrei, erläuterte aber auf Nachfragen der zuständigen Behörde in einem zusätzlichen Schreiben unter Aufstellung von Berechnungen, warum er zu diesem Urteil gekommen war.

4.1.2.3 Stellungnahme

Neben der in Abschn. 3.3.2 dargelegten Problematik hinsichtlich der Wirksamkeit der Prüfung für die Objektbezogenheit der Mittelverwendung besteht der weitere Problembereich, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe ein Wohnungsunternehmen von den vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Vermögenswerten Beträge als Gewinn und zur Abdeckung von Verwaltungskosten verwenden darf.

§ 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV spricht die Verpflichtung für Wohnungsunternehmen aus, daß die Auftraggebermittel nur für die Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens verwendet werden dürfen. Der insoweit eindeutige Wortlaut erlaubt die Verwendung zur Begleichung sämtlicher Kosten, z.B. Grundstückspreis, Gebühren für Architekten und Ingenieure sowie Kosten der Erstellung des Gebäudes mit Neben- und Außenanlagen (Anm. 241). Gleichgültig ist insofern, ob es sich um fremde oder eigene Leistungen des Wohnungsunternehmens handelt (Anm. 242). Nachdem der Wert der Fremdleistungen der Höhe nach aufgrund der Rechnungen bestimmt werden kann, müssen die eigenen Leistungen des Wohnungsunternehmens einer Bewertung zugeführt werden. Hier bietet sich die Regelung des § 9 Abs. 1 Satz 1 der II. Berechnungsverordnung (Anm. 243) als Ausweg an, nach der als Wert der Sach- und Arbeitsleistungen des "Bauherrn" der Betrag für eine gleich-

wertige Unternehmerleistung angesetzt werden darf.

Die II. Berechnungsverordnung findet zwar nach § 1 nur Anwendung auf den öffentlich geförderten, steuerbegünstigten bzw. freifinanzierten Wohnungsbau (Anm. 244) und kann daher im Rahmen des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV nicht direkt herangezogen werden, jedoch sind ihre Grundsätze unter Berücksichtigung der MaBV-spezifischen Besonderheiten für die hier erforderliche Bestimmung des Wertes der eigenen Leistungen des Wohnungsunternehmens bzw. der Höchstbeträge für deren allgemeine Verwaltungskosten - § 8 Abs. 3 II. Berechnungsverordnung, worauf später noch einzugehen ist - als Vergleichsmaßstab brauchbar (Anm. 245).

Zu den eigenen Verwaltungskosten des Wohnungsunternehmens schweigen aber sowohl Ziff. 3.4.1 Abs. 3 VwV § 34c GewO als auch die BR-Dr 179/75 (Anm. 246); auch die Frage, ob das Wohnungsunternehmen berechtigt ist, vor Fertigstellung des Bauvorhabens die in den einzelnen Baufortschrittsraten enthaltenen Gewinnanteile zu entnehmen, wird dort nicht ausdrücklich behandelt. In dem Runderlaß des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr (Anm. 247) wird grundsätzlich von einer Nichtabzugsfähigkeit der allgemeinen Verwaltungskosten vor Fertigstellung ausgegangen (Anm. 248). Hofbauer stimmt dem ebenfalls grundsätzlich zu (Anm. 249), lehnt aber die gleichzeitige Begrenzung auf die Sätze des § 8 Abs. 3 II. Berechnungsverordnung und auf die Raten des § 3 Abs. 2 MaBV ab, weil der Verwaltungskostenanfall nicht dem in § 3 Abs. 2 MaBV vorgeschriebenen Schlüssel entspricht; die Verwaltungskosten fallen regelmäßig früher an, weshalb auch andere begründete Vereinnahmungsschlüssel als zulässig anerkannt werden sollten, wenn etwa höhere Beträge noch im Rahmen dessen liegen, was hinsichtlich der Kostensituation vergleichbarer Unternehmen als üblich und angemessen angesehen werden kann.

Der von Hofbauer vertretenen, einschränkenden Ansicht muß zugestimmt werden, denn die Richtsätze des § 8 Abs. 3 II. Berechnungsverordnung sollen nur dann herangezogen werden, wenn z.B. andere Maßstäbe nicht verwendbar sind (Anm. 250).

Nachdem auch die befragten Prüfer keine Auskunft darüber geben konnten, welche Kosten zu den allgemeinen Verwaltungskosten zu rechnen sind, kommt es entscheidend auf deren Begriffsbestimmung an. Letztlich dienen alle eigenen Kosten des Wohnungsunternehmens der Fertigstellung des Bauvorhabens, also neben denen eigener Bauleistungen auch die des sog. Managements; die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV, Verwendung der Auftraggebermittel zur Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens, dürfte damit erfüllt sein, denn diese Kosten lassen sich unmittelbar einem bestimmten Auftraggeber zuordnen. Kosten, die für einen noch unbekannten Auftraggeberkreis aufgewandt werden, müssen daher ausgeklammert werden. Als solche kommen in Betracht: Insertions- und Vertriebskosten, Vermittlungsgebühren, Zinsen etc. (Anm. 251).

Desweiteren macht die Bestimmung der Höhe der zulässigerweise abziehbaren Verwaltungskosten Schwierigkeiten. Prüfer II hielt die Vorgabe eines bestimmten festen Prozentsatzes, unabhängig von der Höhe der tatsächlich angefallenen Verwaltungskosten, nicht für einen Ausweg, da einem Wohnungsunternehmen z.B. bei der Beschäftigung von 2 oder 40 Angestellten unterschiedliche Kosten erwüchsen. Prüfer V verneinte die Abzugsfähigkeit dann, wenn diese Kosten in einem krassen Mißverhältnis zur jeweiligen Baufortschrittsrate stünden. Prüfer VI bestimmte den Betrag der abziehbaren Verwaltungskosten aus Durchschnittswerten der letzten Bilanzen des Wohnungsunternehmens. Prüfer IX nannte als oberste Grenze den Kreditrahmen des Wohnungsunternehmens.

Sicherlich lassen sich die einzelnen Verwaltungskosten eher bei einem einzigen Bauvorhaben zuordnen und daher der Höhe nach bestimmen (wie in dem Fall des Prüfungsberichtes C des Prüfers XI) als bei der Vorbereitung und Durchführung mehrerer Bauvorhaben zur gleichen Zeit.

Die von den Prüfern VI und IX verwandten Orientierungshilfen mögen den Besonderheiten der jeweiligen Einzelfälle gerecht werden, können aber generell nicht als Lösung betrachtet werden. Insbesondere die von den Prüfern II und III (vgl. oben 4.1.2.2) geschilderten Probleme der Personalkosten lassen sich nur mit einheitlichen Regeln in den Griff bekommen, wobei die Berücksichtigung von Besonderheiten auch hier zulässig sein muß. Aus Praktikabilitätsgründen bietet sich als Ausweg an, daß von den einzelnen Baufortschrittsraten ein bestimmter Prozentsatz, abhängig von der Höhe der jeweiligen Baufortschrittsraten, als Verwaltungskostenanteil abgezogen werden kann. Der insoweit von Hofbauer vorgetragenen Kritik (Anm. 252) ist entgegenzuhalten, daß es sich hierbei nur um eine Vereinfachungsregel handelt, wobei grundsätzlich davon ausgegangen werden muß, daß mit der 1. Rate des § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV mit immerhin 30 % der gesamten Vertragssumme auch die zu Beginn stärker ins Gewicht fallenden allgemeinen Verwaltungskosten des Wohnungsunternehmens abgegolten sind.

Als Anhaltspunkt für solche Prozentsätze kann auf die in § 8 Abs. 3 II. Berechnungsverordnung enthaltenen Richtsätze (Anm. 253) zurückgegriffen werden, denn nach dieser Vorschrift lassen sich die Kosten der Verwaltungsleistungen berechnen (Anm. 254).

Auch Prüfer XI erläuterte in einem Zusatzschreiben an die zuständige Behörde, warum er die in seinem Prüfungsbericht C festgehaltenen Entnahmen von monatlich DM 10.000,-- zur Abdeckung von Verwaltungskosten des Wohnungsunternehmens nicht als Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV gesehen hat, anhand

einer detaillierten Berechnung unter Zugrundelegung der Richtsätze des § 8 Abs. 3 II. Berechnungsverordnung. Ausgehend von dem Differenzbetrag zwischen den Anschaffungskosten und dem Veräußerungserlös des aus eigenen Beständen stammenden Baugrundstücks legte er dar, daß allein schon der Grundstücksmehrwert in Höhe von DM 250.000,-- die entnommenen Ausgleichsbeträge für Verwaltungsleistungen in Höhe von insgesamt DM 151.000,-- abdeckt. Er wies damit nach, daß die während der gesamten Bauabwicklung laufend entnommenen Beträge schon durch die 1. Rate nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV (u.a. Kosten für das Baugrundstück) und damit durch den Gewinn aus dem Grundstücksverkauf (dazu noch später) abgegolten seien, obwohl nach den obigen Ausführungen die entnommenen Beträge auch in zeitlicher Hinsicht prozentual an den einzelnen Baufortschrittsraten zu messen gewesen wären.

Hinsichtlich der Entnahme der in den Baufortschrittsraten enthaltenen Gewinnanteile stellt sich die Frage, wann dieser kalkulatorische Gewinn entnommen werden darf. Die befragten Prüfer hielten teilweise den Zeitpunkt der vorletzten Rate (Bezugsfertigkeit), teilweise den Zeitpunkt der letzten Rate (vollständige Fertigstellung) für zulässig. Darüber hinaus meinten einige, in den zulässigerweise abziehbaren Verwaltungskosten könne auch ein Gewinnanteil enthalten sein.

Bei der Lösung dieser Problematik ist in erster Linie der Auftraggeberschutz entscheidend, der durch die Vermögensmittelbindung des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV sichergestellt werden soll. Als Gewinnanteil kann nur der Betrag in Frage kommen, der von jeder Baufortschrittsrate nach Begleichung sämtlicher Handwerkerrechnungen übrigbleibt (Anm. 255). Ließe man die Gewinnentnahme vor vollständiger Fertigstellung zu, dürfte das Wohnungsunternehmen über diesen Betrag frei verfügen und evtl. in fremde Bauvorhaben investieren, ohne an das Gebot der objektbezogenen Verwendung gebunden zu sein.

Der Verordnungsgeber ging davon aus, daß "um der Praktikabilität der Verordnung willen" in Kauf genommen wird, daß die Bauleistungen übersteigenden Zahlungen erst bei Erreichen des nächsten Bautenstandes gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV verwendet werden dürfen (Anm. 256); eine (klarere) Regelung in der MaBV wäre dem Verordnungsgeber aber sicher zumutbar gewesen. Offenbar steht der Verordnungsgeber danach auf dem Standpunkt, eine Gewinnentnahme habe erst nach vollständiger Fertigstellung zu erfolgen (Anm. 257).

Dieser Ansicht muß voll zugestimmt werden, denn der tatsächlich erzielte Gewinn steht erst nach vollständiger Fertigstellung fest. Durch gestiegene Preise und eine Fehlkalkulation des Wohnungsunternehmens wird die Gefahr für den Auftraggeber größer, daß sein Bauvorhaben wegen fehlender Mittel steckenbleibt, ein Risiko, das im Widerspruch zu dem Schutzcharakter der MaBV steht.

Davon zu unterscheiden ist der Fall, wenn z.B. in einem Baubetreuungsvertrag ein Festpreis für das Bauvorhaben und davon gesondert das Honorar für den Baubetreuer vereinbart wird. Die vorherige Zahlung des Honorars stellt in diesem Fall keinen Widerspruch zu den o.g. Ausführungen dar, da das Honorar betragsmäßig von vornherein feststeht und, weil es nicht zur "Ausführung des Auftrages" verwendet wird, auch nicht absicherungspflichtig ist (s. auch unten 4.2.2.3).

Die Gefahr, daß in den abzugsfähigen Verwaltungskostenanteilen auch ein Gewinnbetrag enthalten ist, kann zwar nicht ausgeschlossen, aber zumindest stark begrenzt werden, wenn die Höhe der abziehbaren Verwaltungskosten sich an den Näherungssätzen des § 8 Abs. 3 II. Berechnungsverordnung orientiert.

In dem oben bereits erwähnten Erläuterungsschreiben des Prüfers XI wurde berechnet, daß der Grundstücksmehrwert auch

Gewinnausschüttungen, die ein an dem Wohnungsunternehmen beteiligter stiller Gesellschafter in den Jahren 1977-1979 in Höhe von rd. DM 119.400,-- erhalten hatte, mit abdeckt, weshalb er dies als beanstandungsfrei ansah. Es darf hinsichtlich der Beurteilung der Zulässigkeit einer Gewinnentnahme jedoch kein Unterschied gemacht werden, ob das Wohnungsunternehmen oder ein beteiligter Dritter den Gewinn entnimmt. Da nach überzeugender Ansicht (s.o.) der Gewinn erst nach vollständiger Fertigstellung und nach Begleichung sämtlicher Handwerkerrechnungen hätte entnommen werden dürfen, hätten diese Gewinnausschüttungen als Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV vermerkt werden müssen. Die zuständige Behörde gab sich jedenfalls mit dieser Erläuterung zufrieden (s. dazu im 4. Teil 3.2.2).

Prüfer II hielt aus wirtschaftlichen Gründen eine Gewinnentnahme nach der vorletzten Rate (Bezugsfertigkeit) für zulässig, da die vollständige Fertigstellung "Jahre" auf sich warten lassen könne (z.B. wegen der Außenanlagen). Hofbauer (Anm. 258) argumentiert in diesem Zusammenhang, daß das finanzielle Risiko des Auftraggebers durch Rückstellungen für die Kosten der Restarbeiten ausgeschlossen und der Gewinn dann kalkuliert werden könne. Neben den oben erwähnten rechtlichen Bedenken bleibt aber ein Risiko, falls die Kosten der Restarbeiten die hierfür gebildeten Rückstellungen doch übersteigen sollten und das Wohnungsunternehmen u.U. wegen Illiquidität nicht in der Lage ist, die fehlenden Mittel aufzubringen.

Die Diskrepanz zwischen der Bindung des Wohnungsunternehmens an § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV (daraus folgend Gewinnentnahme erst nach vollständiger Fertigstellung) und der Bürgschaftsabsicherung nach § 7 Abs. 1 MaBV (Gewinnentnahme nach Erfüllung der in § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV genannten Voraussetzungen), auf die Prüfer IX hingewiesen hatte, besteht nur dann hinsichtlich einer vorzeitigen Gewinnentnahme nach Bezugsfer-

tigkeit, wenn auch die übrigen in § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV genannten Voraussetzungen erfüllt sind (Anm. 259). Warum der Verordnungsgeber nicht auch hier der einfacheren Handhabung wegen auf die vollständige Fertigstellung abgestellt hat, ist nicht ganz verständlich, muß aber wohl mit der Entstehungsgeschichte des § 7 Abs. 1 Satz 3 MaBV erklärt werden (Anm. 260). Ist das Wohnungsunternehmen unter den Voraussetzungen dieser Vorschrift zur freien Verfügung über die letzte Rate berechtigt, besteht für den betreffenden Auftraggeber das oben beschriebene Risiko hinsichtlich der Kosten für die vollständige Fertigstellung. Eine einheitliche Regelung mit der Festlegung auf den Zeitpunkt der vollständigen Fertigstellung des Bauvorhabens wäre aus diesem Grund angebracht.

Einen Ausweg aus dieser Problematik, z.B., falls das Wohnungsunternehmen auf die Gewinnbeträge angewiesen ist, bringt daher nur der Vorschlag des Prüfers VIII, der einem Wohnungsunternehmen vorgeschlagen hatte, seinem Auftraggeber eine Bankbürgschaft zu stellen, damit er nach § 7 Abs. 1 MaBV gesetzlich zulässig von den Beschränkungen des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV befreit ist und seine Gewinnanteile nach eigenem Ermessen entnehmen kann.

Die von den Prüfern VI, VIII und IX aufgeworfene Problematik hinsichtlich des Kostenansatzes für ein aus Beständen eines Bauträgers stammendes Baugrundstück ist mit dem Ansatz des Verkehrswertes des Grundstücks zu lösen (Anm. 261). Maßgeblich ist danach der Wert, den der Auftraggeber aufwenden müßte, um ein vergleichbares Grundstück für ein zur gleichen Zeit durchzuführendes Bauvorhaben zu erwerben. Abziehbar ist dieser Wert von der 1. Rate nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV, die u.a. die Anschaffungskosten für das Baugrundstück abgelten soll, und zwar, wie Prüfer VI meint, in gesamter Höhe bis zur Obergrenze der 1. Rate.

Entnimmt der Bauträger das Grundstück eigenen Beständen, so fließt ihm der gesamte Grundstückswert zu; hat er dagegen das Grundstück erst kurz vor der Veräußerung an den Auftraggeber erworben, hat er aus seinem kalkulierten Verkaufspreis zunächst den Kaufpreis an den Grundstücksveräußerer zu entrichten und darf nur einen etwaigen Differenzbetrag selbst behalten. Hiernach ist auch Prüfer XI in seinem Erläuterungsschreiben zum Prüfungsbericht C an die zuständige Behörde verfahren (s.o.).

Soweit ein Baubetreuer sein Honorar für seine Leistung in dem Baubetreuungsvertrag gesondert ausweist und erhält, stellt sich die bisher dargestellte Problematik nicht, da der Baubetreuer keine Vermögenswerte "zur Ausführung des Auftrages" erhalten hat (Anm. 262). Ist jedoch ein Festpreis vereinbart, müssen im Hinblick auf die Höhe der abziehbaren Verwaltungskosten und auf den Zeitpunkt der Gewinnentnahme dieselben Grundsätze gelten wie oben ausgeführt (gl.A. ist auch Prüfer VII).

Abschließend sei bemerkt, daß der Verordnungsgeber die Probleme der Gewinnentnahme und des Abzugs von Verwaltungskosten nicht ausdrücklich geregelt hat, sondern daß sich seine Auffassung nur indirekt aus der Begründung zur Änderung der 1. Durchführungsverordnung erkennen läßt. Im Rahmen der Bestimmung des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV wäre eine Klarstellung durchaus möglich.

4.2 Umgebungsmöglichkeiten (Grauzone)

Die Untersuchung befaßte sich in diesem Abschnitt mit Umgebungsmöglichkeiten der Wohnungsunternehmen, die darauf zurückzuführen sind, daß in der MaBV keine oder nur ungenaue Regelungen vorhanden sind. Durch nicht ausreichend konkrete Anordnungen in der MaBV wird den Wohnungsunternehmen ein Wirken in einer Grauzone erleichtert, dessen Ursache in der

vielfach unbewußten Verkennung des stets zu beachtenden Schutzzwecks der MaBV begründet liegt. Hierdurch entstehen unterschiedliche Ansichten über das Bestehen von Pflichten. Als Problemkreise wurden die Bestimmung des Zeitpunktes der erstmaligen Anwendung der MaBV, des Erhaltens der Vermögenswerte des Auftraggebers sowie des Zeitpunkts des Steckensbleibens des Bauvorhabens erkannt.

2.1 Der Zeitpunkt der Anwendung der MaBV

Aus der Formulierung in § 3 Abs. 1 einleitender Satzteil MaBV ("der Gewerbetreibende darf ... Vermögenswerte der Auftraggeber zur Ausführung des Auftrages erst entgegennehmen ...") ergibt sich, daß die Schutzvorschriften der MaBV immer dann schon eingreifen, wenn der Gewerbetreibende Vermögenswerte seines Auftraggebers entgegennehmen will. Dabei wird davon ausgegangen, daß der Auftraggeber seine Vermögensmittel schon bei Vertragsabschluß oder vor Baubeginn zur Verfügung stellt. Was unter dem "Erhalten von Vermögenswerten" zu verstehen ist, soll jedoch im folgenden Abschnitt 4.2.2 untersucht werden. Hier interessiert zunächst die Frage, ob ein Bauträger auch dann an die Regeln der MaBV gebunden ist, wenn das Bauvorhaben teilweise oder sogar zum Bezug fertiggestellt ist und er erst dann mit einem Auftraggeber einen Vertrag abschließt. Für Baubetreuer stellt sich dieses Problem nicht, da sie von vornherein ab Vertragsschluß bzw. Baubeginn im Namen des Auftraggebers tätig werden.

2.1.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers

Solange das Bauvorhaben nicht fertiggestellt und die lastenfreie Eigentumsumschreibung auf den Auftraggeber nicht unwiderruflich beantragt ist, ist der Auftraggeber der Gefahr von Vermögensschädigungen ausgesetzt. Die Gefahr vermindert sich allerdings in dem Maß, wie das Bauvorhaben seiner Fertigstellung entgegengeht. Ist die lastenfreie Umschreibung

nach Fertigstellung noch nicht beantragt, bleibt für den Auftraggeber das Risiko, daß der Bauträger das Grundstück neu belastet oder in Konkurs fällt (Anm. 263).

4.2.1.2 Prüfermeinungen

Alle befragten Prüfer waren ausnahmslos der Überzeugung, daß die MaBV auch dann zum Schutz des Auftraggebers eingehalten werden muß, wenn der Auftraggeber den Vertrag mit dem Bauträger erst in einem späteren Stadium des Bauvorhabens abschließt.

4.2.1.3 Stellungnahme

Auch wenn die MaBV nicht konkret zur Frage der Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen bei einem späteren Erwerb durch den Auftraggeber Stellung nimmt, ist aufgrund ihres Schutzzwecks davon auszugehen, daß der Bauträger an diese Vorschriften gebunden ist, solange er Vermögensmittel seines Auftraggebers für die Durchführung des Bauvorhabens verwendet.

Das bedeutet im einzelnen, daß er z.B. bei Vertragsabschluß über ein im Rohbau erstelltes Bauvorhaben den Eintritt der in § 3 Abs. 1 MaBV genannten Voraussetzungen abwarten muß, bevor er Vermögenswerte seines Auftraggebers entgegennehmen darf, also u.a. der Notar die Rechtswirksamkeit des Vertrages schriftlich bestätigt hat, eine Auflassungsvormerkung zugunsten des Auftraggebers unwiderruflich bewilligt und beantragt worden ist und die Freistellung des Vertragsobjektes von allen der Vormerkung vor- und gleichrangigen Grundpfandrechten gesichert ist. Erst danach ist er berechtigt zur Verwendung der Auftraggebermittel, und zwar in diesem Beispiel zu einer Höhe, die den Raten des § 3 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MaBV entspricht, also 30 % der Vertragssumme, da die Erdarbeiten bereits begonnen worden sind, und weitere 40 % der restlichen Vertragssumme bzw. 28 % der ursprünglichen Ver-

tragssumme, da der Rohbau fertiggestellt war. Hinsichtlich des Abrufs der folgenden Raten ist der Eintritt des jeweiligen Baufortschritts nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV maßgebend.

Erfolgt der Erwerb eines bereits fertiggestellten Bauvorhabens, ist fraglich, ob der Bauträger Vermögenswerte noch zur Durchführung des Bauvorhabens verwendet, was auch § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO voraussetzt.

In Ziff. 1.1.3.1 vorletzter Absatz VwV § 34c GewO wird die Auffassung vertreten, daß die Auftraggebervermögenswerte dann nicht zur Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens verwendet werden, wenn der Gewerbetreibende sie erst nach Bezugsfertigkeit erhält.

Die überwiegende Meinung in der Literatur lehnt die Anwendbarkeit der MaBV auf die Fälle des sog. Vorratsbaus (Anm. 264) ab, weil der Wortlaut in § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO insofern eindeutig sei und Vermögensrisiken für den Auftraggeber kaum mehr bestünden. Kanzleiter (Anm. 265) und ihm folgend Speiser (Anm. 266) vertreten demgegenüber die Anwendbarkeit auch nach Fertigstellung, "da z.B. die Ablösung von Globalbelastungen nach Bezugsfertigkeit durchaus noch zur Durchführung des Bauvorhabens gerechnet werden kann" (Anm. 267).

Der h.M. in der Literatur ist der Vorzug zu geben, da zwar die oben beschriebenen Risiken für den Auftraggeber beim Erwerb vom Bauträger bestehen können, diese aber auch nicht größer sind als bei einem "normalen" Immobilienerwerb unter Freistellung von Grundstückslasten. Insofern kommt der Belehrungsfunktion des Notars bei Beurkundung des Vertrags eine entscheidende Bedeutung bei (Anm. 268).

Soweit die oben zitierten Literaturmeinungen den Begriff sowohl der Bezugsfertigkeit als auch der Fertigstellung ver-

wenden, muß es sich wohl um eine sprachliche Ungenauigkeit handeln, denn ansonsten bliebe nach der Bezugsfertigkeit noch Raum für eine "Durchführung" bis zur vollständigen Fertigstellung des Bauvorhabens.

Festzuhalten bleibt aber, daß der Baubetreuer verpflichtet ist, die Vorschriften der §§ 9-14 MaBV zu beachten, da diese nicht die Verwendung von Auftraggebervermögenswerten zur Vorbereitung und Durchführung dessen Bauvorhabens voraussetzen. Sobald der Baubetreuer hierzu aber Vermögenswerte seines Auftraggebers erhält, unterliegt er auch den Vorschriften der §§ 2, 4 bis 8 MaBV (Anm. 269).

4.2.2 Das Erhalten bzw. Verwenden von Vermögenswerten des Auftraggebers

Gewerbetreibende sind nur dann Bauträger i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO, wenn sie zur Vorbereitung und Durchführung eines Bauvorhabens Vermögenswerte ihrer Auftraggeber verwenden. Für Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO ist diese Voraussetzung nicht zusätzlich erforderlich, da sie im Namen und für Rechnung des Auftraggebers tätig werden und ihnen von daher die Möglichkeit der Verwendung von Auftraggebervermögenswerten offensteht. Bauträger unterliegen demnach den Vorschriften der §§ 3-6, 8-14 MaBV bzw. den Vorschriften der §§ 8-14 MaBV, falls sie von der Befreiungsmöglichkeit nach § 7 MaBV Gebrauch machen. Baubetreuer haben die Bestimmungen der §§ 9-14 MaBV einzuhalten sowie zusätzlich die der §§ 2, 4-6 und 8 MaBV, falls sie zur Ausführung des Auftrages Vermögenswerte des Auftraggebers erhalten bzw. zu deren Verwendung ermächtigt sind; allerdings können sich Baubetreuer ebenfalls nach § 7 MaBV unter den dort genannten Voraussetzungen von der Einhaltung der §§ 2, 4-6 MaBV befreien lassen.

Die Untersuchung bezog sich nur auf die Fälle der Verwendung von Vermögenswerten durch Bauträger und Baubetreuer. Allerdings ergab sich aus dem Prüfungsbericht A des Prüfers XI eine fragwürdige Feststellung hinsichtlich der Befreiungsmöglichkeit nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 MaBV, weshalb hierauf am Ende der Stellungnahme unter 4.2.2.3 eingegangen werden soll.

2.2.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers

Da sowohl § 2 Abs. 1 Satz 1 HS 1 MaBV (für Baubetreuer) als auch § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV (für Bauträger) auf die Vermögenswerte des Auftraggebers zur Ausführung des Auftrages Bezug nehmen, die der Gewerbetreibende erhält oder zu deren Verwendung er ermächtigt wird, kommt es im Hinblick auf die daran anknüpfenden Sicherungsvorschriften der MaBV darauf an, welche Arten und welchen Umfang der Begriff "Vermögenswerte" umfaßt und was unter "erhalten bzw. verwenden" zu verstehen ist. Hiernach bestimmt sich der Inhalt des Auftraggeberschutzes, der wegen unterschiedlichen Verständnisses der Begriffe beeinträchtigt sein kann, z.B. wenn die Vermögenswerte nicht oder nur teilweise abgesichert werden oder wenn dem Gewerbetreibenden die alleinige Verfügungsbe fugnis über ein Baubankkonto eingeräumt ist.

Als Problembereiche haben sich die Behandlung der Fremdfinanzierung des Bauvorhabens und der Werbungskosten beim Bauherrenmodell sowie die Abwicklung der Finanzierung über Ander- und Treuhandkonten herauskristallisiert. In diesem Rahmen sei auch der Fall erwähnt, den der Vertreter der Kölner Behörde als Umgehungsmöglichkeit geschildert hatte. Dort hatten ein Baubetreuer und ein Auftraggeber einen Betreuungsvertrag zu einem Festpreis geschlossen. Ein im Festpreis enthaltenes Honorar für den Baubetreuer wurde sofort gezahlt, der Rest der Summe wurde über einen Kredit des Auftraggebers finanziert. Folglich wurde nicht die Vertragssum-

me in ihrer gesamten Höhe abgesichert, obwohl der Auftraggeber etwa ein Fünftel der Vertragssumme als Honorar an den Baubetreuer gezahlt und dafür keinen Gegenwert in Form einer Bauleistung erhalten hatte.

4.2.2.2 Prüfermeinungen

Die befragten Prüfer hielten alle Vermögenswerte des Auftraggebers, die das Wohnungsunternehmen zur Auftragsdurchführung verwendet, für absicherungspflichtig. Die Prüfer VI und IX zählten hierzu auch Baudarleihensauszahlungen direkt an das Wohnungsunternehmen aufgrund von Fremdfinanzierungen der Auftraggeber. Prüfer IX bezog in diesen Rahmen auch Anzahlungen des Auftraggebers an das Wohnungsunternehmen mit ein.

Beträge, die ein Auftraggeber wegen seiner Beteiligung bei einem Bauherrenmodell bei Veranlagung zur Einkommensteuer als Werbungskosten geltend machen kann, gehörten nach Auffassung der Prüfer II, VI und VIII bei Zahlung an den Betreuer ebenfalls zu den absicherungspflichtigen Vermögenswerten, während Prüfer III diese Beträge ausklammerte, wenn im Rahmen des Bauherrenmodells der Betreuer keine Vermögenswerte zur Auftragsausführung erhalte, sondern der eingeschaltete Treuhänder.

Hinsichtlich der Frage des Erhaltens bzw. Verwendens der Vermögenswerte war für alle Prüfer entscheidend, ob der Gewerbetreibende die alleinige Verfügungsbefugnis über das Konto des Auftraggebers hatte oder der Zustimmung des Auftraggebers bedurfte. Erfolgt Zahlungen des Auftraggebers im Rahmen eines Bauherrenmodells auf ein Konto des Treuhänders, so hängt es nach Ansicht der Prüfer II und VII davon ab, ob der Treuhänder wirtschaftlich unabhängig ist oder ob er mit dem Betreuer wirtschaftlich verflochten ist und der Betreuer somit mittelbar eine Einflußmöglichkeit auf die

Vermögenswerte hat.

Prüfer IV schilderte einen Fall, der bei einer späteren Prüfung des Gewerbetreibenden unentdeckt bleibt. Der Auftraggeber hatte bei Abschluß eines Vorvertrages dem Gewerbetreibenden einen Scheck über einen bestimmten Betrag gegeben, den der Gewerbetreibende bei endgültigem Vertragsabschluß dem Auftraggeber wieder zurückgab; eine Absicherung erfolgte nicht. Zweck dieser Maßnahme war, dem Gewerbetreibenden ein Entgelt zu sichern, wenn er aufgrund des Vorvertrags Leistungen erbracht hatte, der endgültige Vertrag aber nicht geschlossen wurde.

Die Auswertung der Prüfungsberichte des Prüfers XI ergab, daß in dem Prüfungsbericht H festgestellt wurde, daß zweimal je DM 5.000,-- als Anzahlungen vor den Notarmitteilungen nach § 3 Abs. 1 MaBV von dem Gewerbetreibenden vereinnahmt wurden, und daß im Prüfungsbericht K in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Beurkundung als Teil der ersten Kaufpreiskasse eine Anzahlung auf Notaranderkonto geleistet wurde.

2.2.3 Stellungnahme

Aus Gründen des Auftraggeberschutzes sind die Begriffe "Vermögenswerte", "erhalten bzw. verwenden" und "... zu deren Verwendung ermächtigt wird" weit auszulegen, damit sämtliche Möglichkeiten erfaßt werden, bei denen ein Wohnungsunternehmen die Verfügungsbefugnis über Vermögenswerte seiner Auftraggeber erlangt (Anm. 270).

Zu den Vermögenswerten zählen in dem für Wohnungsunternehmen relevanten Bereich Forderungen gegen Kreditinstitute und Bausparkassen sowie Bargeld (Anm. 271). Dazu gehören auch die von Prüfer XI erwähnten Anzahlungen sowie die in dem Prüfungsbericht H erwähnten beiden Fälle des Prüfers XI, da

sie als Bestandteil der insgesamt abzusichernden Vertragssumme betrachtet werden müssen. Ist daher, wie in dem von dem Vertreter der Kölner Behörde geschilderten Fall, ein Baubetreuungsvertrag zu einem Festpreis abgeschlossen, der auch das Honorar des Baubetreuers enthält, ist der gesamte Festpreisbetrag abzusichern, da das Honorar des Baubetreuers der Höhe nach erst nach Baufertigstellung und erfolgter Schlußabrechnung feststeht; nicht zum absicherungspflichtigen Vermögenswert zählt daher das gesondert ausgewiesene Honorar des Baubetreuers (Anm. 272), da dieses nicht zur "Ausführung des Auftrages" verwendet wird.

Das Wohnungsunternehmen hat auch Gelder des Auftraggebers abzusichern, die aus Bauspardarlehen oder sonstigen Darlehen stammen, zu deren Absicherung Grundpfandrechte auf dem Baugrundstück bestellt werden. Denn diese Grundpfandrechte gewähren dem Darlehensgeber (z.B. Bausparkasse), nicht jedoch dem Auftraggeber, Schutz vor unerlaubten Handlungen des Gewerbetreibenden oder seines Hilfspersonals (Anm. 273).

Beträge, die der Auftraggeber dem Wohnungsunternehmen zur Verfügung stellt und die insbesondere beim Bauherrenmodell zur Abzugsfähigkeit als Werbungskosten führen können, gehören grundsätzlich immer zu den absicherungspflichtigen Vermögenswerten, da diese Beträge zunächst vom Auftraggeber gezahlt werden müssen. Erst im Rahmen der späteren Veranlagung zur Einkommensteuer des Auftraggebers entscheidet das Finanzamt endgültig über die Abzugsfähigkeit und über eine eventuelle Erstattung zuviel entrichteter Steuer. Lièvre (Anm. 274) trennt hinsichtlich der Absicherungspflicht zwischen projekt- und nichtprojektbezogenen Werbungskosten und hält das Honorar des Baubetreuers sowie Treuhand- und Bürgschaftsgebühren für nicht absicherungspflichtige Vermögenswerte; Zwischenfinanzierungskosten seien als projektbezogene Vermögenswerte absicherungspflichtig. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Abgrenzung der Projektbezogenheit im Einzelfall

schwierig sein dürfte, da z.B. eine Bürgschaftsgebühr oder eine Vermietungsgarantie durchaus projektbezogene Leistungen darstellen können. Der Einfachheit halber sollte daher auch hier die Sicherungspflicht der Höhe nach auf den erhaltenen bzw. zur Verwendung freigegebenen Vermögenswert beschränkt werden, um eine einfache, den Parteien bekannte Berechnungsbasis zu schaffen (Anm. 275), ausgenommen eindeutig nicht zur Auftragsdurchführung bestimmte Beträge, z.B. wie das Baubetreuer-Honorar.

Sind bei einem Bauherrenmodell sowohl ein Betreuer als auch ein Treuhänder eingeschaltet und erhält allein der Treuhänder die Auftraggebervermögenswerte zur Weiterleitung an Subunternehmer und Bauhandwerker, ohne Einflußmöglichkeit des Betreuers, entfällt die Absicherungspflicht völlig (vgl. Ansicht des Prüfers III); sobald jedoch der Treuhänder zum Interessen- und Einflußbereich des Betreuers gehört, ist die Absicherungspflicht aus Gründen des Auftraggeberschutzes zu bejahen (Anm. 276).

Damit ist auch schon der Problemkreis "erhalten" von Vermögenswerten angeschnitten.

Vermögenswerte seines Auftraggebers erhält ein Wohnungsunternehmen, wenn es daran Eigentum oder Besitz erwirbt oder Inhaber einer Forderung dadurch wird, daß Gelder des Auftraggebers auf eines seiner Konten überwiesen werden (Anm. 277). Die in dem Prüfungsbericht H der Prüfers XI erwähnten Anzahlungen wären daher mit abzusichern gewesen, da sie dem Wohnungsunternehmen direkt zugeflossen sind. Auch den Scheckbetrag aus dem von Prüfer IV angeführten Beispiel hat der Baubetreuer erhalten, denn selbst wenn man davon ausgeht, daß der endgültige Vertrag nicht zustande kam, war dies im Zeitpunkt des Scheckempfangs wohl kaum absehbar.

Dasselbe gilt, wenn dem Wohnungsunternehmen die alleinige

Verfügungsbefugnis über ein Konto seines Auftraggebers eingeräumt wird bzw. über das eines Dritten, auf dem sich Gelder des Auftraggebers befinden.

Letzteres ist z.B. nicht bei einem Notaranderkonto der Fall, da zur Verfügung über dieses Konto allein der Notar berechtigt ist. Zahlungen des Auftraggebers auf ein Notaranderkonto hat das Wohnungsunternehmen daher noch nicht erhalten, weshalb diese Vermögenswerte in dem von dem Prüfer XI im Prüfungsbericht K festgehaltenen Fall nicht abzusichern waren. Kann dagegen das Wohnungsunternehmen nur gemeinsam mit dem Auftraggeber oder einem von diesem hierzu bevollmächtigten Dritten über Auftraggebergelder verfügen, wird eine Absicherungspflicht zu verneinen sein, weil der Auftraggeber bzw. der Dritte jeder Verfügung des Wohnungsunternehmens zustimmen muß und daher ausreichend geschützt ist (Anm. 278).

Hier ist jedoch wieder auf die Problematik hinsichtlich des Treuhänders hinzuweisen, der der vom Auftraggeber bevollmächtigte Dritte sein kann. Nur wenn der Treuhänder nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich vom Wohnungsunternehmen unabhängig ist, darf die Absicherungspflicht verneint werden.

Als weitere Varianten des "Erhaltens" kommen auch in Betracht, wenn der Auftraggeber dem Wohnungsunternehmen den gegen einen Dritten bestehenden Anspruch auf Auszahlung eines Darlehens abtritt oder wenn der Auftraggeber auf Veranlassung des Wohnungsunternehmens dessen Verbindlichkeiten gegenüber Dritten, z.B. Subunternehmern, Bauhandwerkern, Bank, tilgt (Anm. 279). Auch in letzterem Fall ist der Auftraggeber schutzwürdig, denn fällt der Vertrag mit dem Bauträger weg, kann der Auftraggeber seine Leistung von dem Dritten nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung nicht zurückverlangen. Ist das "Deckungsverhältnis" zwischen Auftraggeber und Bauträger rechtsfehlerhaft, ist

der Dritte nicht ungerechtfertigt bereichert, da er die Leistung zu recht aufgrund des "Valutaverhältnisses" zwischen ihm und dem Bauträger erhält. Der Bauträger allerdings ist bereichert, da er durch die Zahlung des Auftraggebers von einer Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten befreit ist (Anm. 280). Bei einem Baubetreuer entsteht diese Problematik nicht, da hier direkte Leistungsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten bestehen und kein sog. "Dreiecksverhältnis".

Das gleiche gilt, wenn das Wohnungsunternehmen seine Ansprüche gegen den Auftraggeber an diesen Dritten abgetreten hat, wobei es keinen Unterschied macht, ob das Wohnungsunternehmen die Begleichung der Schuld durch den Auftraggeber garantiert oder nicht. Im Fall der Garantieübernahme verringert sich die Garantieverpflichtung des Wohnungsunternehmens entsprechend der Leistung des Auftraggebers, im anderen Fall würde das Ausbleiben der Zahlungen des Auftraggebers zu Regreßansprüchen aufgrund des der Abtretung zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes führen, von denen der Gewerbetreibende aber durch Zahlungen des Auftraggebers befreit wird (Anm. 281).

Übernimmt der Auftraggeber Grundpfandrechte, die das Baugrundstück belasten, vom Bauträger, ist diese Schuldübernahme ebenfalls als "erhalten" von Vermögenswerten zu qualifizieren, denn diese Belastungen sind bei der Bestimmung der Höhe der Baufortschrittsraten im Rahmen des § 3 Abs. 2 MaBV zu berücksichtigen (Anm. 282).

Neben dem "erhalten" von Vermögenswerten knüpfen die Sicherungspflichten der §§ 2 und 3 MaBV als 2. Alternative an die Ermächtigung des Wohnungsunternehmens an, Vermögenswerte des Auftraggebers zu verwenden.

Dieses Tatbestandsmerkmal liegt vor, wenn dem Wohnungsunternehmen eine Verfügungsbefugnis über die Vermögenswerte des

Auftraggebers eingeräumt wird, ohne daß es Eigentümer, Besitzer oder Gläubiger einer Forderung werden soll; als Beispiel führt die Begründung der BR-Dr 786/73 auf Seite 4 den Fall an, wenn der Gewerbetreibende über Geld verfügen darf, das auf einem Konto des Auftraggebers oder für den Auftraggeber auf dem Konto eines Dritten eingelegt ist. Vom wirtschaftlichen Ergebnis her ist in dieser Alternative kein Unterschied zum "erhalten" zu sehen, denn auch hier erhält das Wohnungsunternehmen die Vermögenswerte des Auftraggebers.

Jedoch führt die Begründung der BR-Dr 786/73 auf Seite 4 als weiteres Beispiel an, daß eine Ermächtigung zur Verwendung von Vermögenswerten auch dann vorliegt, wenn der Auftraggeber den Gewerbetreibenden bevollmächtigt, in seinem Namen Verpflichtungen einzugehen. Die VwV § 34c GewO in Ziff. 3.2.1.2 und Marcks (Anm. 283) übernehmen dieses Beispiel kommentarlos.

Bürgerlich-rechtlich wird unter "Ermächtigung" die Befugnis verstanden, im eigenen Namen über ein Recht des Ermächtigten zu verfügen oder das Recht durch Einziehung oder andere Weise auszuüben (Anm. 284); im vorliegenden Beispiel soll das Wohnungsunternehmen aber den Auftraggeber in dessen und nicht im eigenen Namen verpflichten. Gemeint war wohl eher der Begriff "Bevollmächtigung" i.S.d. § 164 Abs. 1 BGB; mit dieser Korrektur ließe sich der Einklang der öffentlich-rechtlichen Zielsetzung mit den bürgerlich-rechtlichen Grundlagen wieder herstellen.

Davon ausgehend unterliegt der Baubetreuer nicht dem Anwendungsbereich der 2. Alternative, denn die Tätigkeit im fremden Namen gehört zu seinem Berufsbild nach § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO.

Die beiden beschriebenen Alternativen verbindet der Begriff

"Verwendung" der Vermögenswerte zur Durchführung eines Bauvorhabens (§ 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO für Bauträger). Da der Bauträger gem. § 3 Abs. 2 MaBV zur Vorleistung gezwungen ist, bevor er Vermögenswerte des Auftraggebers entgegennehmen darf, kann daran gezweifelt werden, ob der Bauträger dann noch die Vermögenswerte zur Durchführung des Bauvorhabens verwendet. Ein solch enges Begriffsverständnis ginge jedoch an der Zielsetzung dieser gewerberechtlichen Vorschriften vorbei.

Nicht zur Durchführung eines Bauvorhabens werden Vermögenswerte verwendet, die erst nach Fertigstellung an den Bauträger fließen (Anm. 285), denn ab diesem Zeitpunkt ist die Schutzwürdigkeit des Auftraggebers nicht mehr zu bejahen. Zur Beurteilung des Verwendens vor Fertigstellung ist jedoch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vonnöten. Während der Durchführung finanziert der Bauträger entweder aus eigenen Mitteln oder aus fremden Mitteln (z.B. über ein Kreditinstitut) das Bauvorhaben. Dies erfolgt aber nur im Hinblick auf den abgeschlossenen Vertrag und auf die zu erwartenden Baufortschrittszahlungen. Im übrigen wird das Baugrundstück i.d.R. zu Finanzierungszwecken des Bauträgers mit Grundpfandrechten belastet. Insgesamt gesehen wird daher nach der finanziellen Planung des Bauvorhabens mit Vermögenswerten des Auftraggebers gebaut (Anm. 286).

Abschließend sei auf die Feststellung des Prüfers XI im Prüfungsbericht A eingegangen, der dort die Zulässigkeit der Befreiung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 MaBV von den Vorschriften der §§ 2-6 MaBV bejaht hatte, obwohl die Firma des Auftraggebers trotz dessen Sollkaufmannseigenschaft nicht in das Handelsregister eingetragen war. Er begründete dies mit dem Satz: "Auch ohne Eintragung kann der nach § 2 HGB Eintragungspflichtige und im Verkehr als Kaufmann Auftretende als Kaufmann gelten."

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 MaBV spricht ausdrücklich von einem in das Handelsregister eingetragenen Kaufmann. Ein Kaufmann, der nicht in das Handelsregister eingetragen ist, z.B. ein Minderkaufmann, kann daher die Befreiungsvorschrift nicht für sich in Anspruch nehmen, er kann nicht als ein eingetragener Kaufmann gelten. Ein Sollkaufmann i.S.d. § 2 HGB erlangt seine Kaufmannseigenschaft erst mit Eintragung seiner Firma ins Handelsregister, hierzu ist er nach § 2 Satz 2 HGB verpflichtet. Danach gilt gem. § 2 Satz 1 HGB sein Handelsgewerbe als Handelsgewerbe i.S.d. Handelsgesetzbuches.

Der Ordnungsgeber ging bei Fassung der Ausnahmenvorschrift davon aus, daß dieser Kundenkreis grundsätzlich in der Lage ist, aus eigener Anschauung das dem Auftrag innewohnende Risiko zu beurteilen (Anm. 287). Kriterium war danach die Vollkaufmannseigenschaft und zusätzlich die Eintragung ins Handelsregister, um auch die Soll-Kaufleute i.S.d. § 2 HGB und die Kann-Kaufleute i.S.d. § 3 HGB zu erfassen.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß die erforderlichen Fähigkeiten bei dem Auftraggeber im vorliegenden Fall vorhanden gewesen wären, hätte das Wohnungsunternehmen trotzdem nicht die Befreiungsvorschrift anwenden dürfen. Denn der erforderliche Nachweis konnte nicht geführt werden, weil der hierfür nach § 7 Abs. 2 Satz 2 MaBV erforderliche Handelsregisterauszug wegen mangelnder Eintragung nicht hatte vorgelegt werden können.

4.2.3 Der sog. "steckengebliebene Bau"

Unter dem Steckenbleiben eines Baus wird die Nichtvollendung eines Bauvorhabens verstanden (Anm. 288).

Für die folgenden Ausführungen wird davon ausgegangen, daß die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 MaBV genannten Voraussetzungen vor Verwendung der Auftraggebervermögenswerte er-

füllt waren, daß also insbesondere eine sog. qualifizierte Freistellungserklärung des Globalgläubigers zugunsten des Auftraggebers vorlag (Anm. 289).

2.3.1 Vermögensrisiken des Auftraggebers

§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV sieht im Fall des Steckenbleibens des Baus die Lastenfreistellung des Baugrundstückes bzw. -die Rückzahlung der vom Auftraggeber geleisteten Vermögenswerte vor, ohne jedoch anzugeben, wann dieser Umstand eintritt oder welche Kriterien für dessen Bestimmung maßgebend sind.

Die Ursachen für ein Steckenbleiben des Baus können vielfältiger Natur sein. Neben baubehördlichen Einstellungsanordnungen, z.B. nach Art. 99 Abs. 1 BayBauO, § 76 Abs. 1 BauO NW, kommen die Zahlungsunfähigkeit des Bauträgers oder eine Finanzierungslücke, z.B. wegen nicht objektbezogener Auftraggebermittelverwendung oder Baukostenüberschreitungen (z.B. in Hochzinszeiten), in Betracht. Während bei den behördlichen Maßnahmen oder evtl. auch noch im Konkursfall des Bauträgers der Zeitpunkt der Baueinstellung relativ leicht erkenntlich ist, ist dessen Feststellung in den Fällen des Steckenbleibens aufgrund von anderen aus der Sphäre des Bauträgers kommenden Ursachen für den Auftraggeber nur sehr schwer auszumachen. Der Auftraggeber läuft daher Gefahr, daß er nichtsahnend Zahlungen leistet, die der Bauträger nicht mehr für dessen Bauvorhaben verwendet: Den Leistungen des Auftraggebers steht kein entsprechender Wertzuwachs an seinem Bauobjekt gegenüber.

Hat der Auftraggeber seine Zahlungen auf ein Konto des Bauträgers geleistet, so sind sie u.U. dem Zugriff der Gläubiger des Bauträgers ausgesetzt.

Schließlich ist der Bauträger in der Lage, seine Zahlungsun-

fähigkeit dem Auftraggeber gegenüber zu verheimlichen, indem er die Bauhandwerker zum Weiterarbeiten z.B. durch die Hingabe von Wechseln veranlaßt. Dann schreitet das Bauvorhaben fort, und der Auftraggeber zahlt an den Bauträger, obwohl dieser die Zahlungen nicht zur späteren Einlösung der Wechsel verwendet.

Ein ähnliches Risiko kann beim Bauherrenmodell bestehen, wenn der General(bau)unternehmer ausfällt und die Bauherren weiterhin an den Betreuer zahlen. Bei dieser Konstruktion ist ohnehin zu beachten, daß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV nicht anwendbar ist, da diese Vorschrift nur für Bauträger gilt.

Es gilt daher zu klären, unter welchen Umständen von einem Steckenbleiben des Baus gesprochen werden kann und mit welchen Vorkehrungen einem eventuellen Vermögensverlust des Auftraggebers begegnet werden kann.

4.2.3.2 Prüfermeinungen

Nahezu alle befragten Prüfer äußerten, daß das Steckenbleiben eines Baus schwer feststellbar und dessen Eintreten leicht durch den Bauträger zu verschleiern sei. Dies sei auch meist von dem Bauträger beabsichtigt, da er auf finanzielle Erholung hoffe, um so evtl. nach einer Pause den Bau doch noch fertigstellen zu können. Daher teile er nur in seltenen Fällen selbst dem Auftraggeber die drohende oder bereits eingetretene Baueinstellung mit.

Während Prüfer II und VII meinten, wegen des Gebotes zur objektbezogenen Mittelverwendung nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV müßten die Auftragbergelder noch vorhanden sein, wenn auch die Einzahlung auf ein Sonderkonto des Auftraggebers bei der Bank des Bauträgers sicherer sei, hielt Prüfer IX den Auftraggeber eher durch § 3 MaBV als durch § 4 Abs. 1 Nr. 2

MaBV geschützt, denn der Bautenstand lasse sich aktuell feststellen, die Prüfung der objektbezogenen Verwendung hingegen erfolge immer erst später, eine zeitnahe Prüfung sei auch aus diesem Grund zweckgerechter.

Prüfer V und VI vertraten die Ansicht, der Auftraggeber erleide durch das Steckenbleiben seines Baus in jedem Falle einen Vermögensverlust wegen der Wertungleichheit von Bauwert und Raten, da in letzteren auch Gewinn- und Verwaltungskostenanteile des Bauträgers einkalkuliert seien.

Nach Auffassung des Prüfers III gehe der Auftraggeber seiner Zahlungen verlustig, wenn er sie auf ein Konto des Gewerbetreibenden einzahle, da dieses dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt sei.

Für Prüfer IX stand der Zeitpunkt der Baueinstellung fest, wenn die Bauhandwerker vom Bauträger keine Zahlungen mehr erhielten; Prüfer X hielt diesen Zeitpunkt für schneller offenkundig, wenn die Gläubiger im Konkurs des Bauträgers zur Anmeldung ihrer Forderungen aufgefordert würden, ansonsten ließen sich die finanziellen Verhältnisse des Bauträgers kaum durchschauen.

Prüfer V sprach das Steckenbleiben des Baus im Rahmen eines Bauherrenmodells an. Wie bereits oben im 2. Teil 2.3 dargestellt, ist das Bauherrenmodell u.a. dadurch charakterisiert, daß Teile der Anschaffungskosten in die Form von sofort steuerlich abzugsfähigen Werbungskosten umgewandelt werden, um die dadurch ausgelösten Einkommensteuerminderungen, sei es durch Erstattungen oder durch niedriger festgesetzte Vorauszahlungen, in die Finanzierung des Bauvorhabens einzubeziehen. Diese Werbungskosten sind meist vor oder kurz nach Baubeginn zu zahlen und belaufen sich gewöhnlich auf bis zu 10 % der gesamten Bausumme. Bei einem endgültigen Baustillstand werden diese ausgegliederten "Anschaffungskosten"

sten" zu echten Kosten, denen kein Gegenwert in Form von Bausubstanz gegenübersteht.

4.2.3.3 Stellungnahme

§ 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2-5 MaBV regelt, daß der Auftraggeber im Falle des Steckenbleibens seines Bauvorhabens geschützt wird. Allerdings beziehen sich diese Sicherungsmaßnahmen - Lastenfreistellung des Baugrundstückes bzw. Rückzahlung der Auftraggebervermögenswerte durch das den Bauträger finanzierende Kreditinstitut - darauf, daß der Auftraggeber vom Baustillstand Kenntnis erlangt und deshalb keine weiteren Zahlungen an den Bauträger mehr leistet.

Der Ordnungsgeber hat diese Vorschrift in die MaBV mit aufgenommen, da die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Auftraggebers gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV im Konkurs des Bauträgers nichts nützt, wenn vorrangige Grundpfandrechte zugunsten der Bank des Bauträgers eingetragen sind. Zwar ist nach der Entscheidung des BGH vom 29.10.1976 (Anm. 290) § 24 KO um einen Satz 2 ergänzt worden, wonach der Konkursverwalter zur Erfüllung des vorgemerkten Anspruches auf Eigentumsübertragung verpflichtet ist. Doch müßte dann der Auftraggeber das Grundpfandrecht ablösen, wozu er kaum in der Lage sein wird, da er seine Vermögenswerte zumindest teilweise schon dem Bauträger zur Verfügung gestellt hatte. Daher sieht § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2-5 MaBV die Freistellung von allen vor- oder gleichrangigen und nicht übernommenen Grundpfandrechten vor bzw. die Rückzahlung der Auftraggebergelder vor, so daß der Auftraggeber unbelastetes Eigentum erwerben kann.

Ungeklärt bleibt aber nach der zitierten Vorschrift, wann das Bauvorhaben als steckengeblieben gilt bzw. nicht vollendet ist. Die Aussagen der befragten Prüfer bestätigten, daß das Steckenbleiben eines Baus nicht sofort für den Auf-

traggeber erkennbar wird.

Da das Steckenbleiben des Bauvorhabens ein tatsächlicher Vorgang ist, läßt es sich mit rechtlichen Instrumentarien nicht festlegen. Die Lösung liegt daher auch im tatsächlichen Bereich, befriedigt jedoch letztendlich nicht.

Der Auftraggeber schützt sich am ehesten, wenn er sich selbst jeden Tag über den Baufortschritt auf der Baustelle informiert. Vielfach wird ihm dies schon aus zeitlichen Gründen nicht möglich sein, so daß er seine Interessen durch die Einschaltung einer Vertrauensperson, z.B. ein mit dem Baugeschehen ansonsten nicht befaßter Architekt, wahren kann, was aber zusätzliche Kosten verursacht. Möglich ist auch die freiwillige Mitteilung des Bauträgers, daß er das Bauvorhaben nicht mehr vollenden kann; erfolgt diese Kundgabe nicht oder erst verspätet, ist der Auftraggeber, sollte der Bauträger zu unverzüglicher Mitteilung vertraglich verpflichtet sein, auf Schadenersatzansprüche gegen den Bauträger verwiesen, deren Realisierung gerade unter solchen Umständen nicht zu erwarten ist.

Im Interesse eines zufriedenstellenden Auftraggeberschutzes sollten daher noch weitere Sicherungsmaßnahmen als die in der MaBV vorgesehenen in Betracht gezogen werden.

Zunächst kann hier auf die Vorschläge bzw. Hinweise der Prüfer II und III zurückgegriffen werden, nach denen der Schutz des Auftraggebers - flankiert durch das Gebot der objektbezogenen Mittelverwendung nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV - durch die Einrichtung eines Bausonderkontos auf seinen Namen bei der Bank des Bauträgers erreicht werden soll. Darüber hinaus ist erforderlich, daß der Bauträger seine Vergütungsansprüche und, soweit geschehen, seine ihm von seinem Auftraggeber abgetretenen Ansprüche gegen dessen Darlehensgeber an seine Bank abtritt, damit diese Forderungen von Gläubigern des

Bauträgers nicht gepfändet werden können und die Bank aufgrund dessen ihrer Lastenfreistellungsverpflichtung gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV gegenüber dem Auftraggeber nicht mehr nachkommen könnte. Bei dieser Konstruktion müßte der Bank vor Auszahlung der jeweiligen Kaufpreiskrate der entsprechende Bautenstand i.S.d. § 3 Abs. 2 MaBV durch einen Bautenstandsbericht des bauleitenden Architekten sowie eine entsprechende Mitteilung an den Auftraggeber durch den Bauträger vorgelegt werden.

Als Alternative zur Abtretungskonstruktion bietet sich die Einrichtung eines Sonderkontos auf den Namen des Bauträgers unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 MaBV an, wobei der Auftraggeber wirtschaftlicher Inhaber der Forderung gegen die Bank bleibt, bis der Bauträger zur Verwendung der darauf gebuchten Auftraggebervermögenswerte nach §§ 3 und 4 MaBV befugt ist. Damit steht dem Auftraggeber ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO zu, und er kann Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben (Anm. 291).

Schließlich bleibt es dem Auftraggeber unbenommen, selbst einen wirtschaftlich unabhängigen Treuhänder mit der Kontrolle des Fortschritts seines Bauvorhabens und der entsprechenden Auszahlung der Kaufpreiskraten zu beauftragen, was aber zusätzliche Kosten erzeugt.

Soweit die Prüfer V und VI den Auftraggeber für benachteiligt hielten, wenn er im Falle der Lastenfreistellung noch den dem tatsächlich erreichten Baustand entsprechenden Teil der Vertragssumme zahlen muß bzw. bei Rückzahlung der geleisteten Auftraggebergelder nur den anteiligen Wert des Vertragsobjekts erhält, weil in jeder Kaufpreiskrate für den genannten Bauzeitraum bis zur Fertigstellung Gewinn- und Verwaltungskostenanteile des Bauträgers mit einkalkuliert sind, so ist dem grundsätzlich zuzustimmen. Im Falle der Rückzahlung erleidet der Auftraggeber neben dem Verlust in Höhe der

genannten Beträge auch einen Zinsverlust. Doch ist dabei nicht zu übersehen, daß der Auftraggeber in jedem Fall bei der Durchführung eines Bauvorhabens gewisse Summen für Verwaltungskosten und Gewinn eines Bauträgers zu zahlen hat. Auch ein Zinsnachteil muß dabei als tragbares wirtschaftliches Risiko des Auftraggebers angesehen werden. Dieses Risiko fällt nach Auffassung des Verordnungsgebers in den Zweckbereich einer gerechten Risikoverteilung im Rahmen der Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MaBV (Anm. 292).

Die von Prüfer V angesprochene Problematik des Steckenbleibens des Baus bei einem Bauherrenmodell, weil der General(bau)unternehmer ausgefallen war, ist im Zusammenhang mit den Sicherungspflichten nach § 2 MaBV zu sehen. Oblicherweise ist bei einem Bauherrenmodell ein Betreuer eingeschaltet, der i.d.R. zum Initiatorenkreis gehört. Wird nicht zusätzlich noch ein Treuhänder beauftragt (der nur die Vermögenswerte der Auftraggeber verwaltet und wirtschaftlich unabhängig ist), dann obliegt dem Betreuer die Aufgabe, die Übereinstimmung von Bautenstand und gezahlten Kaufpreistraten zu beachten. Da der Betreuer dann auch die Vermögenswerte der Bauherren/Auftraggeber zur Durchführung des Auftrages erhält, ist er als Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b GewO zu behandeln, der nach § 2 MaBV eine der jeweiligen Vertragssumme des Bauherren/Auftraggebers entsprechende Versicherung abschließen oder eine Bürgschaft stellen muß, so daß der Bauherr im Falle vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Vermögensschädigungen durch den Betreuer, wenn dieser Gelder an den General(bau)unternehmer trotz Baueinstellung zahlt, ausreichend gesichert scheint (Anm. 293).

Die in § 2 MaBV angeordnete Sicherungspflicht kann beim Bauherrenmodell durch Beauftragung eines Treuhänders vermieden werden, der nur die Auftraggebergelder zu verwalten hat, aber i.d.R. nicht wirtschaftlich unabhängig ist (s. dazu ausführlicher oben im 2. Teil 2.3.3). Um den Auftraggeber-

schutz zu gewährleisten und eine derartige Umgehung der MaBV auszuschließen, bleibt als Lösung nur die Bestimmung eines tatsächlich wirtschaftlich unabhängigen Treuhänders. Da dies wiederum nicht im Interesse des Initiatorenkreises liegt und die Auftraggeber gerade bei Bauherrenmodellen selten soweit in die Details einsteigen, daß sie für einen wirtschaftlich unabhängigen Treuhänder sorgen, läßt sich eine wirklich befriedigende Lösung nicht finden.

Es erscheint aber auch fraglich, ob hier der Auftraggeberschutz ebenso ausgeprägt zu fordern ist wie z.B. beim Bau eines durch den Auftraggeber selbst bewohnten Einfamilienhauses. Auftraggeber von Wohnungseigentum im Bauherrenmodell sind überwiegend Kapitalanleger, die steuerliche Vorteile durch zivilrechtlich riskante Vertragsgestaltungen zur Mehrung ihres Vermögens ausnützen. Bekanntermaßen sind Kapitalanlagen in jedweder Form mit einem erhöhten Ausfallrisiko verbunden. Dieses Risiko auszuschalten, war sicher nicht Intention des Verordnungsgebers der MaBV.

Rechtswirksamkeit und Rechtsfolgen von vertraglichen Abweichungen von den Vorschriften der MaBV

Die Gründe für ein Abweichen von den für die zivilrechtliche Vertragsgestaltung (s.o. 1. Teil 2) maßgeblichen §§ 2-8 MaBV können vielfältig sein. Ein Bauträger kann sich z.B. im Falle der Vorabübereignung, des sog. Konzerntatbestandes oder der vorgeschobenen Bauherrschaft des Auftraggebers im Bauherrenmodell (s.o. 2. Teil 2.1, 2.2, 2.3.2) auf den Standpunkt stellen, für ihn besäße die MaBV keine Gültigkeit. Die gleiche Begründung kann ein Baubetreuer anführen, wenn er Betreuerfunktionen im Rahmen eines Bauherrenmodells ohne Einschaltung eines Treuhänders wahrnimmt. Denkbar ist auch, daß Bauträger und Baubetreuer sich zur Geltung der MaBV bekennen, ihren Auftraggebern aber Preisvorteile im Falle ihres Verzichtes auf die Bestimmungen der MaBV vorschlagen.

.1 Rechtswirksamkeit von der MaBV abweichender vertraglicher Vereinbarungen (§ 12 MaBV)

§ 12 MaBV verbietet es dem Gewerbetreibenden, seine Verpflichtungen nach den §§ 2-8 MaBV sowie die nach § 2 Abs. 1 zu sichernden Schadensersatzansprüche des Auftraggebers durch vertragliche Vereinbarungen weder auszuschließen noch zu beschränken. Damit wirft diese Vorschrift das Problem auf, ob abweichende Vereinbarungen wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot gem. § 134 BGB nichtig sind.

Ob das der Fall ist, ist für jedes Verbotsgesetz gesondert im Hinblick auf dessen Schutzzweck zu ermitteln (Anm. 294). Der Begriff des Gesetzes i.S.d. § 134 BGB deckt sich mit dem des Art. 2 Abs. 1 EGBGB, wonach hierunter Gesetze im formellen Sinn, Rechtsverordnungen und Gewohnheitsrecht fallen (Anm. 295).

Zu unterscheiden ist bei der Frage der Nichtigkeit, ob sich

das Verbot nur gegen Form und Art der Vornahme des Geschäftes oder seine Umstände richtet oder gegen den rechtsgeschäftlichen, wirtschaftlichen Erfolg selbst. Im zweiten Fall ist die Annahme der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes mit dem Sinn des Verbotsgesetzes i.d.R. unvereinbar (Anm. 296). Im ersten Fall dagegen besteht kein Interesse der Gemeinschaft an der Versagung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes, weshalb Verstöße gegen gewerbepolizeiliche Vorschriften i.d.R. nicht zur Nichtigkeit führen (Anm. 297). Das gleiche gilt, wenn sich das Verbotsgesetz nur gegen eine der Vertragsparteien, wie hier gegen den Bauträger bzw. Baubetreuer, wendet. Im Einzelfall kann nämlich der durch Auslegung zu ermittelnde Schutzzweck der Verbotsvorschrift ergeben, daß die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes hiermit nicht zu vereinbaren ist, weil die rechtliche Wirkung des bestehenbleibenden Rechtsgeschäfts genau im Gegensatz zu den Anordnungen des Verbotsgesetzes stehen und der Gesetzeszweck somit unerreichbar werden würde (Anm. 298). Das bedeutet im Ergebnis, daß der Schutzzweck der MaBV, Sicherung der Vermögenswerte der Auftraggeber, nur erreicht werden kann, wenn abweichende Vereinbarungen aus dem Blickwinkel des § 12 MaBV die Nichtigkeit solcher vertraglicher Bestimmungen herbeiführen (Anm. 299). Es darf daher die Einhaltung der §§ 2-8 MaBV nicht der Disposition der beiden Parteien unterliegen, andernfalls würde die MaBV nahezu ausgehöhlt werden. Ein effektiver Schutz der oftmals geschäftlich unerfahrenen Auftraggeber (Anm. 300) wäre letztendlich unerreichbar.

Hepp (Anm. 301) vertritt jedoch die Meinung, schon der Wortlaut des § 12 MaBV schließe zivilrechtliche Wirkungen aus, denn die MaBV verbiete keineswegs Vereinbarungen bestimmten Inhalts, sondern lediglich ein bestimmtes Verhalten, z.B. Vermögenswerte ... entgegenzunehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen zu lassen, wenn nicht bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (§ 3 MaBV); bei Verstößen begehe der Gewerbetreibende nur eine Ordnungswidrigkeit. Im Hinblick

auf den Schutzcharakter der Verordnung kann eine solche Argumentation nicht überzeugen, denn z.B. ein von den Fälligkeitsterminen des § 3 Abs. 2 MaBV zum Nachteil des Auftraggebers abweichender Zahlungsplan würde geradezu die Sicherung der Auftraggebervermögenswerte vereiteln (s.o. 1. Teil 2) und damit einen rechtlich zu mißbilligenden Erfolg erzielen (Anm. 302).

Die überwiegende Meinung in der Literatur vertritt die Auffassung, zu Ungunsten des Auftraggebers von der MaBV abweichende Bestimmungen sind nichtig. Als Begründung wird fast ausschließlich auf § 8 der 1. Durchführungsverordnung vom 20.6.1974 (Anm. 303) als Vorläufer des § 12 MaBV verwiesen (Anm. 304). In der Rechtsprechung hat sich dagegen noch kein einheitliches Urteil herausgebildet (Anm. 305).

Der ursprüngliche Entwurf des Bundesministers der Wirtschaft sah in § 8 Satz 2 der 1. Durchführungsverordnung eine Regelung für die Folgen abweichender Bestimmungen in der Verordnung selbst vor (Anm. 306):

"Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig; im übrigen bleibt die Wirksamkeit des Vertrages unberührt."

Der Bundesrat war mit dieser Bestimmung nicht einverstanden, da ihre Ermächtigungsgrundlage in § 34c Abs. 3 GewO nicht die Anordnung der Nichtigkeit privatrechtlicher Vereinbarungen deckte (Anm. 307). Der Vorschlag wurde daraufhin fallengelassen.

Die Vertreter der Literaturmeinungen argumentieren mit dieser Entstehungsgeschichte, daß auch der Ordnungsgeber die Nichtigkeit abweichender Vereinbarungen bezwecken wollte. Dieser Wille sei eindeutig zum Ausdruck gekommen, denn die fallengelassene Formulierung sei nur wegen fehlender Ermächtigungsgrundlage nicht Wirklichkeit geworden. Gerade daraus

aber haben das OLG Bremen in seiner Entscheidung vom 26.1.1977 (Anm. 308) und wohl auch H. Schmidt (Anm. 309) gefolgert, aus dem nicht Gesetz gewordenen Willen des Verordnungsgebers lasse sich nicht allein die Nichtigkeit von der MaBV zu Ungunsten des Auftraggebers abweichender Vereinbarungen herleiten.

Letztlich entscheidend ist jedoch, ob sich die MaBV in ihrem Sinn und Zweck unmittelbar gegen die Wirksamkeit der von ihren Vorschriften abweichender Verträge richtet. Dies ist nach dem Schutzzweck der MaBV (vgl. die obigen Ausführungen) zu bejahen, wobei für diese Annahme der endgültig nicht zum Tragen gekommene Wille des Gesetzgebers dennoch ein starkes Indiz darstellt.

5.2 Rechtsfolgen von Verstößen des Bauträgers bzw. Baubetreuers gegen die Vorschriften der MaBV

5.2.1 Anwendbarkeit des § 139 BGB

Ist von der Nichtigkeit von zu Ungunsten des Auftraggebers von der MaBV abweichenden Vereinbarungen auszugehen, stellt sich zwingend die Frage des rechtlichen Schicksals der übrigen Vereinbarungen.

§ 139 BGB setzt zunächst voraus, daß das gesamte Rechtsgeschäft teilbar ist. Das ist regelmäßig zu bejahen, da nach Abtrennung des nichtigen Teils (der Bauträger will z.B. höhere als in § 3 Abs. 2 MaBV vorgesehene Raten einfordern, der Baubetreuer hat keine Sicherheitsleistung i.S.d. § 2 Abs. 1 MaBV gestellt) das verbleibende Rechtsgeschäft selbständig Bestand haben kann, wenn sich die Nichtigkeit nur auf einzelne Klauseln beschränkt (Anm. 310). Dies setzt wiederum voraus, daß beide Vertragspartner nach ihrem mutmaßlichen Willen den Vertrag auch ohne die nichtigen Bestimmungen abgeschlossen hätten (Anm. 311). Hieran könnte gezweifelt

werden, wenn die wirtschaftlichen Folgen für einen oder beide Vertragspartner untragbar würden, z.B. wenn die Verpflichtung zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung abbedungen wurde, so daß der Auftraggeber schutzlos wäre, oder wenn der Bauträger die gesamte Vergütung zu Vertragsbeginn fällig stellen könnte, nun aber auf ratenweise Befriedigung seiner Forderung verwiesen wäre (Anm. 312). Ließe man aber als Folge der Teilnichtigkeit die Gesamtnichtigkeit des Vertrages zu, führte dies dazu, daß der Auftraggeber seinen Eigentumverschaffungsanspruch und seine Sicherheiten verliert (Anm. 313), ein Ergebnis demnach, daß im krassen Gegensatz zu dem Schutzzweck der MaBV stünde.

Zuzustimmen ist daher der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, nach der § 139 BGB in all den Fällen unanwendbar ist, wenn sich aus einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung oder aus dem Normzweck eine abweichende Regelung ergibt (Anm. 314). Wird folglich gegen ein Verbot verstoßen, daß dem Schutz des einen Vertragspartners dient, beschränkt sich die Nichtigkeit entsprechend dem Schutzzweck der Verbotsnorm auf die verbotene Bestimmung, wobei an deren Stelle die zwingende gesetzliche Regelung tritt, ohne daß es auf den Willen der Vertragspartner ankommt (Anm. 315). Die in dem Entwurf des Bundesministers der Wirtschaft zur 1. Durchführungsverordnung vom 20.6.1974 (Anm. 316) vorgeschlagene Regelung, "... im übrigen bleibt die Wirksamkeit des Vertrages unberührt.", die nur wegen formeller Bedenken des Bundesrats fallengelassen wurde (s.o.), rechtfertigt zumindest die Annahme, daß die Gesamtnichtigkeit nicht dem Sinn und Zweck der MaBV entspricht.

Der Normzweck der MaBV legt dem Gewerbetreibenden Verpflichtungen hinsichtlich der Sicherung der ihm vom Auftraggeber überlassenen Vermögenswerte auf (Anm. 317). Es ist daher nur gerechtfertigt, im Falle der Abweichung von zwingenden Vorschriften der MaBV an die Stelle der nichtigen Klausel die

schützenden Normen der MaBV treten zu lassen und dem Vertrag im übrigen die Rechtswirksamkeit nicht zu versagen.

Sind die vom Bauträger bzw. Baubetreuer verwandten vertraglichen Bestimmungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen zu qualifizieren, greifen die Vorschriften des AGBG ein, da davon auszugehen ist, daß es sich bei den zwingend von dem Bauträger bzw. Baubetreuer zu beachtenden Vorschriften der MaBV um "wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung" handelt (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG). Nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG sind daher von der MaBV abweichende Vereinbarungen nichtig, so daß gem. § 6 Abs. 2 AGBG die entsprechenden Regelungen der MaBV gelten (Anm. 318). Darüber hinaus sind solche Klauseln regelmäßig überraschend i.S.d. § 3 AGBG, da der Auftraggeber von der Einhaltung der Vorschriften der MaBV durch den Bauträger bzw. Baubetreuer ausgehen können darf (Anm. 319).

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, daß nach § 134 BGB nichtige Vertragsbestimmungen wegen des Schutzzwecks der MaBV nicht die Gesamtnichtigkeit des ganzen Vertrages nach § 139 BGB nach sich ziehen; es bleibt vielmehr der wirksame Teil des Rechtsgeschäftes bestehen, und die unwirksamen Bestimmungen werden durch die zwingenden Vorschriften der MaBV ersetzt.

5.2.2 Weitere Rechte des Auftraggebers

Zu untersuchen bleibt der Problemkreis, welche Rechte dem Auftraggeber zustehen, wenn der Bauträger oder Baubetreuer sich über die Geltung der Vorschriften der MaBV hinwegsetzt, z.B. bei Nichtigkeit einzelner Vertragsbestimmungen, oder ein Baubetreuer leistet keine Sicherheit i.S.d. § 2 Abs. 1 MaBV bei insgesamt wirksamem Baubetreuungsvertrag.

Verstößt ein Bauträger bzw. Baubetreuer gegen ihm in §§ 2-8

MaBV auferlegte Pflichten, indem z.B. ein Baubetreuer keine Sicherheit leistet oder ein Bauträger höhere Zahlungen als nach § 3 Abs. 2 MaBV zulässig einfordert, laufen diese Handlungen dem Schutzzweck der MaBV zuwider, so daß der Auftraggeber gegen den Bauträger bzw. Baubetreuer einen zivilrechtlichen Anspruch auf Unterlassung in entsprechender Anwendung des § 1004 i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB hat (Anm. 320). Denn die §§ 2-8 MaBV müssen als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden (Anm. 321). Auch Vorschriften einer Verordnung (MaBV) können Schutzgesetze sein (Art. 2 EGBGB). Der Normzweck dieser Vorschriften dient nicht nur dem Schutz der Allgemeinheit und schützt Einzelpersonen (Auftraggeber) reflexartig, sondern zielt gerade auf den Schutz von Einzelpersonen ab. Da die §§ 2-8 MaBV Ver- bzw. Gebote aussprechen, ist auch den konkretisierenden Forderungen der Entscheidung des BGH vom 26.5.1961 (Anm. 322) Genüge geleistet.

Die Schädigungen, für die hiernach Ersatz verlangt werden kann, liegen im Schutzbereich der MaBV, denn z.B. sollen Baubetreuer vor der Entgegennahme von Vermögenswerten des Auftraggebers Sicherheit zum Schutz dieser Vermögenswerte leisten (§ 2 Abs. 1 MaBV) und Bauträger erst Vermögensmittel entgegennehmen, wenn der Auftraggeber die in § 3 Abs. 1 MaBV geforderte gesicherte Rechtsposition innehat, und diese Mittel unter Beachtung der Fälligkeitstermine des § 3 Abs. 2 MaBV ausschließlich für das Bauvorhaben des betreffenden Auftraggebers (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV) verwenden. Schon mit dem Erlaß der 1. Durchführungsverordnung vom 20.6.1974 und der Verordnung zur Änderung dieser Verordnung vom 13.5.1975 (Anm. 323) bezweckte der Verordnungsgeber den "Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeber vor solchen Gewerbetreibenden, die zwar noch als zuverlässig gelten, deren Geschäftsgebahren jedoch Vermögensschädigungen des zu schützenden Personenkreises künftig nicht ausschließt".

Handelt der Bauträger bzw. Baubetreuer den berechtigten For-

derungen des Auftraggebers zuwider oder verweigert er die Berichtigung der der MaBV widersprechenden Klauseln, steht dem Auftraggeber ein Zurückbehaltungsrecht bzw. die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach §§ 273, 320 BGB zu (Anm. 324).

Die Beurteilung weiterer Rechtsfolgen hängt davon ab, ob es sich bei den Pflichten nach der MaBV um Haupt- oder Nebenpflichten des Bauträgers bzw. Baubetreuers handelt; dies bestimmt sich ausgehend von der Interessenlage nach dem Parteiwillen (Anm. 325).

Sicherlich kommt es dem Auftraggeber entscheidend darauf an, daß seine Vermögensmittel bei der Durchführung seines Bauvorhabens entsprechend den Vorschriften der MaBV gesichert sind. Denkbar ist es daher, daß die Beachtung der §§ 2-7 MaBV Hauptpflichten des Bauträgers bzw. Baubetreuers darstellen. Die Rechtsfolgen - Rücktritt vom Vertrag, Schadensersatz wegen Nichterfüllung - leiten sich dann aus § 326 BGB her. Ist eine direkte Anwendung des § 326 BGB zu verneinen, weil diese Vorschriften der MaBV öffentlich-rechtlicher Natur mit zivilrechtlichen Auswirkungen, aber nicht privatrechtliche Normen sind (s.o.), ist zumindest eine entsprechende Anwendung des § 326 BGB geboten. Die Rechnungslegungsvorschrift des § 8 MaBV dürfte dagegen wohl eher eine Nebenpflicht von Bauträgern und Baubetreuern sein, da ihr nur eine unterstützende Funktion im Hinblick auf die Einhaltung der §§ 2-6 MaBV zukommt (Anm. 326).

Das OLG Bremen kommt in seiner Entscheidung vom 26.1.1977 (Anm. 327) im Hinblick auf § 2 Abs. 1 MaBV zu dem Ergebnis, "die Pflicht zur Sicherheitsleistung ist nämlich nicht bloß eine vertragliche Nebenpflicht, sondern Bestandteil der Hauptverpflichtung, ...". Zur Begründung führt es an, in den Bestimmungen der (damals noch geltenden) 1. Durchführungsverordnung sei gesetzlich festgelegt, in welcher Art und

Weise ein Baubetreuer seine Geschäfte mit seinem Auftraggeber abzuwickeln hat. Als Folge billigt das OLG Bremen dem Auftraggeber das Recht zum Rücktritt vom Vertrag aufgrund positiver Forderungsverletzung zu, da die Verweigerung der gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheitsleistung den Vertragszweck wegen Erschütterung der Vertrauensgrundlage grundsätzlich derart gefährde, daß dem Auftraggeber i.d.R. ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden könne (Anm. 328).

Doch nicht nur im Hinblick auf § 2 Abs. 1 MaBV ist dem Urteil des OLG Bremen beizupflichten, sondern auch in allen anderen Fällen der Verletzung der Pflichten aus §§ 2-7 MaBV. Denn in aller Regel vertraut der Auftraggeber auch dem Bauträger, daß dieser z.B. die Fälligkeitstermine des § 3 Abs. 2 MaBV und das Gebot zur objektbezogenen Mittelverwendung gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV beachtet.

Wird den §§ 2-7 MaBV der Charakter von Nebenpflichten des Bauträger bzw. Baubetreibers beigemessen, so auch im Falle des § 8 MaBV, stellt ihre Nichtbeachtung eine Verletzung von Schutzpflichten zugunsten des Auftraggebers dar, denn Bauträger und Baubetreuer haben sich bei der Abwicklung des Vertrages so zu verhalten, daß die Vermögenswerte des Auftraggebers nicht beeinträchtigt werden (Anm. 399). Der Auftraggeber kann somit bei Verletzung von Nebenpflichten seine Rechte aus positiver Forderungsverletzung geltend machen und vom Vertrag zurücktreten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder die Erfüllung des Vertrages neben Ersatz des entstandenen Schadens begehren (Anm. 330).

Im Ergebnis sind daher die Rechte des Auftraggebers nahezu gleich, gleichgültig, ob die §§ 2-8 MaBV als Haupt- oder Nebenpflichten qualifiziert werden.

Schließlich stehen dem Auftraggeber Ansprüche aus unerlaub-

ter Handlung gem. § 823 Abs. 2 BGB gegen Bauträger und Baubetreuer zur Seite, da die §§ 2-8 MaBV als Schutzgesetze i.S.d. Vorschrift zu betrachten sind (s.o.).

Von § 12 MaBV sind nicht Verstöße gegen die §§ 9-11, 13 und 14 MaBV erfaßt. Diese Vorschriften legen nicht den Inhalt des Vertrages mit dem Auftraggeber fest, sondern betreffen einseitige Pflichten von Bauträgern und Baubetreuern: die Anzeigepflicht gegenüber der zuständigen Behörde gem. § 9 MaBV, die Buchführungspflicht gem. § 10 MaBV, die Pflicht zur Inseratensammlung gem. § 13 MaBV und die Aufbewahrungspflicht gem. § 14 MaBV. § 11 MaBV i.V.m. § 10 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4 MaBV ordnet an, daß dem Auftraggeber die für die Beurteilung des Geschäftes jeweils notwendigen Informationen schriftlich zu geben sind; die Informationen sollen den Auftraggeber ausreichend über die Person seines Geschäftspartners und den Vertragsgegenstand unterrichten (Anm. 331). Da die Kenntnis von diesen Informationen für den Auftraggeber gerade im Stadium vor Vertragsabschluß erheblich sein können (§ 11 Nr. 3 MaBV), ist dem Auftraggeber im Falle eines Verstoßes gegen § 11 MaBV unter den Voraussetzungen des Verschuldens bei Vertragsabschluß ein Schadensersatz gegen den Bauträger bzw. Baubetreuer zuzuerkennen.

Die Prüfungsberichterstattung

Der Inhalt des Prüfungsberichtes und des Vermerks

Nach Abschluß der Prüfung hat der Prüfer aufgrund des ihm erteilten Auftrags einen Prüfungsbericht zu erstellen und diesen nach Fertigstellung dem Gewerbetreibenden zu übergeben. Der Prüfungspflichtige hat nach § 16 Abs. 1 MaBV den Bericht unverzüglich der zuständigen Behörde zu übermitteln.

Dieser schriftliche Bericht hat gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV zwingend einen mit Orts- und Datumsangabe zu versehenen Vermerk des Prüfers darüber zu enthalten, ob und wenn ja, welche Verstöße des Prüfungspflichtigen festgestellt wurden.

Der Vermerk stellt den inhaltlich fixierten und der Entscheidung des Prüfers entzogenen Teil des Prüfungsberichts dar. In Ermangelung eines vorgeschriebenen Wortlauts werden folgende Fassungen vorgeschlagen (Anm. 332):

1. "Im Verlaufe meiner/unserer pflichtgemäßen Prüfung der Aufzeichnungen und sonstigen Unterlagen habe(n) ich/wir Verstöße gegen die in den §§ 2-14 normierten Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung nicht festgestellt."
2. "... habe(n) ich/wir folgende Verstöße gegen die Makler- und Bauträgerverordnung festgestellt:
 1. ...
 2. ...
 3. ..."

Die darüber hinausgehenden Feststellungen des Prüfers sind in der Anlehnung an das AktG (hier § 166 AktG) und in der Bedeutung der Prüfung für die Behörde begründet, so daß die Grundsätze ordnungsgemäßer Berichterstattung bei Abschluß-

prüfungen auf die gewerberechtliche Prüfung Anwendung finden (Anm. 333). Der Prüfungsbericht muß deshalb folgende Angaben enthalten:

- Angaben hinsichtlich der rechtlichen Verhältnisse des Wohnungsunternehmens wie
 - Rechtsform
 - die zur Geschäftsführung berechtigten und zur Annahme und Verwendung von Vermögenswerten ermächtigten Personen
 - Nennung und Anschrift der Zweigniederlassungen
- Angaben zum Auftrag wie z.B.:
 - Auftraggeber nach § 16 Abs. 1 oder 2 MaBV
 - Auftragsgrundlage
 - Datum der Auftragserteilung
 - Namen der beteiligten Prüfer
- Angaben zur Prüfungsdurchführung:
 - Prüfungsbereitschaft des Wohnungsunternehmens
 - Vollständigkeitserklärung des Unternehmers, alle Aufzeichnungen, Unterlagen, Aufklärungen und Nachweise gegeben zu haben
 - Auskunftspersonen
 - Prüfungszeitraum
 - Prüfungsmethoden
 - Verwendung von Prüfungsergebnissen Dritter, bzw. eigener, aber aufgrund einer anderen Prüfung ermittelten Ergebnisse.

Besonders zu erwähnen in diesem Zusammenhang ist die sog. Redepflicht des Prüfers analog zu § 166 Abs. 2 AktG: Die besondere Berichtspflicht (Redepflicht) des aktienrechtlichen Jahresabschlußprüfers hinsichtlich Bestands- oder entwicklungsgefährdender Tatsachen oder schwerwiegender Verstöße des Vorstandes gegen Gesetz oder Satzung ist in beiden Fällen auch für die gewerberechtliche Prüfung anzunehmen. Bauträger und Baubetreuer können als Gewerbetreibende in einem "Vertrauensgewerbe" bezeichnet werden, die nicht nur

kurzfristig Fremdmittel verwalten, sondern auch langfristig auf die Vermögensdisposition ihrer Auftraggeber Einfluß nehmen können. Im Interesse dieser Kunden sind bestands- und entwicklungsgefährdende Tatsachen der überwachenden Behörde mitzuteilen, auch wenn sie nicht im Berichtszeitraum, sondern erst zum Zeitpunkt der Prüfung festgestellt werden. Die Redepflicht des Prüfers muß auch bei schwerwiegenden Verstößen des Gewerbetreibenden gegen Vorschriften des § 34c GewO und der MaBV angenommen werden, wenn sie sich nach Ablauf des Berichtszeitraums ereignet haben, wobei Verstöße dann als schwerwiegend anzusehen sind, wenn sie auf vorsätzlichen Handlungen beruhen und der Prüfungspflichtige nicht gewillt ist, Hinweisen und Aufforderungen des Prüfers Beachtung zu schenken.

2

Die Feststellung der Verstöße

§ 16 Abs. 1 Satz 3 MaBV bestimmt als gesetzlichen Anspruch: "Verstöße sind in dem Vermerk aufzuzeigen." Das bedeutet, daß der Prüfer keinen Ermessensspielraum hat, ob er Verstöße aufzeigt, und daß die Verstöße im Vermerk und nicht allein im Prüfungsbericht festzuhalten sind. Der Prüfer hat demnach den in §§ 2-14 MaBV kodifizierten Soll-Zustand mit dem Ist-Zustand der Verhältnisse des Prüfungspflichtigen zu vergleichen und Abweichungen zu vermerken.

Der Prüfer handelt hierbei als "verlängerter Arm" der Behörde: Er trifft die Feststellungen beim Gewerbetreibenden vor Ort und versetzt die Behörde durch entsprechende Abfassungen von Prüfungsbericht und -vermerk in den Stand, aufgrund der Prüfungsergebnisse die erforderliche Entscheidung zu treffen. Allein die Behörde hat über evtl. Sanktionen gegenüber dem Gewerbetreibenden im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens durch Abmahnung, Erlaß eines Bußgeldbescheides oder Rücknahme der Erlaubnis zu entscheiden. Ihr Ermessen hat die Behörde unter Berücksichtigung von verwaltungsrechtlichen Grund-

sätzen auszuüben.

Diese Handhabung wird verständlich, wenn man die Hintergründe für die Übertragung der Prüfungstätigkeit auf qualifizierte Prüfer außerhalb der Behörden beleuchtet. Aufgrund eines Gesetzentwurfes der SPD-FDP-Bundestagsfraktionen vom 23.1.1974 (Anm. 334) wurde § 34c Abs. 3 GewO aus Gründen des Verbraucherschutzes dahingehend erweitert, daß die unter § 34c Abs. 1 Satz 1 fallenden Gewerbetreibenden sich einer Pflichtprüfung zu unterziehen haben, und zwar im Sinne einer "behördlichen Nachschau".

"Eine derartige Nachschau erfolgt in zahlreichen anderen Gewerbezweigen durch die zuständigen Ordnungsämter. Bei der Vorbereitung der Durchführungsverordnung haben sich die Wirtschaftsministerien der Länder jedoch übereinstimmend gegen die Übernahme dieser Aufgabe ausgesprochen, da die hierfür zuständigen unteren Verwaltungsbehörden wegen ihrer unzureichenden personellen Ausstattung und mangels Fachwissens nicht in der Lage seien, eine wirksame Prüfung insbesondere der Bauherren (Bauträger) und Baubetreuer (§ 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO) vorzunehmen." (Anm. 335). Um das erforderliche Personal und Fachwissen zur Seite zu haben, machte der Verordnungsgeber von der ihm ebenfalls aufgrund des Gesetzentwurfes gegebenen Möglichkeit Gebrauch, u.a. die für die Prüfung von Bauträgern und -betreuern geeigneten Prüfer zu bestimmen (Anm. 336): in § 16 Abs. 3 Satz 1 MaBV sind als Prüfer z.B. für Bauträger und Baubetreuer Wirtschaftsprüfer u.ä. genannt (s.o.1.2.2).

6.2.1 Sicherstellung des Auftraggeberschutzes

Die Regelung in § 16 Abs. 1 Satz 3 MaBV - Feststellung aller Verstöße in einem Vermerk - hat das Ziel, die Behörde zu informieren, inwieweit der Gewerbetreibende die ihm in §§ 2-14 MaBV auferlegten Pflichten erfüllt hat. Das Instrument hier-

zu ist der Prüfungsbericht mit dem Vermerk. Nur aufgrund der darin getroffenen Feststellungen kann die Behörde beurteilen, ob der Schutz der Auftraggeber gewährleistet ist. Der Auftraggeberschutz steht und fällt somit mit dem Grad der Kenntnis der Behörde von etwaigen Verstößen gegen die MaBV. Grundvoraussetzung dafür ist aber, daß der Prüfer alle vorgefundenen Verstöße im Vermerk feststellt und im Prüfungsbericht deren Ursache erläutert.

5.2.2 Prüfermeinungen

Prüfer I gab unumwunden zu, daß in der Praxis der Vermerk ohne Zusatz (s.oben 6.1, 1. Version) erteilt werde, auch wenn geringfügige Verstöße festgestellt wurden, denn man wolle sich den Mandanten erhalten.

Prüfer II hielt die Urteilsfindung durch den Prüfer für schwierig. In der Regel würden die Vermerke ohne Einschränkung erteilt, selbst wenn kleine Unregelmäßigkeiten z.B. in der Inseratensammlung vorgekommen seien. Er meinte, eine Gewichtung der zu prüfenden Punkte habe wohl zu erfolgen. Dies habe seine Ursache auch darin, daß der Prüfer seine Mandanten behalten wolle, da der Gewerbetreibende seinen Prüfer jährlich neu wählen könne. Auch bei der aktienrechtlichen Prüfung kann der Prüfer jährlich neu bestellt werden, jedoch war Prüfer II der Ansicht, ein Prüferwechsel würde hier üblicherweise nur bei gravierenden Meinungsverschiedenheiten vorgenommen, schon wegen der unternehmensspezifischen Detailkenntnisse des aktienrechtlichen Prüfers. Er könne daher mit mehr Nachdruck eine Erziehungsfunktion ausüben. Diese Vorgehensmöglichkeit fehle bei der MaBV- Prüfung. Denn bei ihr müsse der Prüfer eher jedes Jahr um sein Mandat besorgt sein, so daß eine Erziehung des Mandanten nahezu ausgeschlossen sei. Jedoch werde der Schutz der Auftraggeber nicht nur durch §§ 3 und 4 MaBV erreicht, sondern auch durch eine gewisse Erziehungsfunktion des Prüfenden gegenüber dem

Gewerbetreibenden.

Prüfer III führt im Vermerk alle Unregelmäßigkeiten und Verstöße auf. Allerdings werde bei kleineren Verstößen nur im Bericht auf sie verwiesen und begründet, warum sie nicht als eigentlicher Verstoß angesehen werden können. Mit dieser "Soft-Methode" werde der Mandant nicht verärgert, so daß er den Prüfungsauftrag wieder erteile und dem Prüfer zu einer gewissen Erziehung die Gelegenheit biete. Bei Doppelmandaten (z.B. Jahresabschlußprüfung und Prüfung nach der MaBV) träten kaum Schwierigkeiten auf, da die Behörde teilweise auf vermerkte Verstöße überhaupt nicht reagiere. Diese nachlässige Haltung der Behörde sei Prüfern und Mandanten bekannt.

Prüfer V vertrat die Ansicht, daß die einzelnen Verstöße im Vermerk aufgezählt würden, wenn bei der Prüfung Verstöße festgestellt würden. Handele es sich dabei um solche, die der Gewerbetreibende abstellen konnte, z.B. Nachholung bestimmter Anzeigepflichten, so würde dies im Prüfungsbericht entsprechend dargestellt, der Vermerk werde aber ohne Einschränkung erteilt.

Nach Prüfer VI wurden Verstöße immer festgehalten, aber gewichtend dargestellt. Gegebenenfalls wurde im Bericht vermerkt, daß ein entsprechender Hinweis wegen kleinerer Unregelmäßigkeiten an den Gewerbetreibenden erfolgt sei.

Prüfer VII nahm festgestellte Verstöße in den Vermerk auf, wobei er als Prüfer eine gewisse Gewichtung vornahm. Denn unbedeutende Mängel, wie Fehlen eines einzelnen Inserates in einer ansonsten vollständigen Inseratensammlung beeinträchtigten nicht den Verbraucherschutz. Natürlich weise der Prüfer den Gewerbetreibenden auf den Mangel hin.

Prüfer VIII vermochte in gewissem Rahmen Ratschläge und Hinweise zu geben, die i.d.R. vom Gewerbetreibenden dankbar

aufgenommen worden seien. Kleine Verstöße würden daher im Bericht erwähnt, aber nicht im Vermerk, wenn der Gewerbetreibende die zukünftige Einhaltung seiner Pflichten versprochen hatte. Die Durchführung der Prüfung werde dann zu einem Problem, wenn der Prüfer ein Doppelmandat (s.o.) inne habe. Denn dann stelle sich die Frage, ob der Prüfer tatsächlich unbefangen sei, wie es die MaBV erfordere.

Prüfer IX stellte die Mandantenabhängigkeit bei Doppelmandaten als eine unbestreitbare Tatsache hin. Als Vergleich böten sich die Aktiengesellschaften an, wo es z.B. bei ca. 3.200 Aktiengesellschaften nur ca. 2 versagte Testate pro Jahr gäbe. Eine Lösung wäre die Auflage, eine Prüfung nach § 16 MaBV als Mandat nur zu übernehmen, wenn gleichzeitig kein anderes Mandat bestünde. Die Folge sei aber ein hoher Kostenaufwand, da der Gewerbetreibende dann in aller Regel neben dem MaBV-Prüfer noch einen weiteren für seine Jahresabschlüsse etc. bräuchte. Günstiger wäre die Mandatserteilung für mehrere Jahre, da der Gewerbetreibende objektiver beurteilt werden könnte, weil die Gefahr der Mandatskündigung nicht mehr so gravierend sei.

Prüfer X meinte, dem Prüfungspflichtigen werde vom Prüfer insoweit geholfen, als er ihm Ratschläge für die Pflichterfüllung bezüglich der MaBV gäbe. Dadurch habe der Prüfer Einfluß auf das Verhalten des Gewerbetreibenden im Hinblick auf die MaBV, und er könne lenkend eingreifen. Festgestellte Verstöße halte der Prüfer im Vermerk fest, denn erst die Behörde entscheide über evtl. Sanktionen.

Die Auswertung der vom Prüfer XI überlassenen Prüfungsberichte ergab, daß in den Prüfungsberichten B, E und H in den die einzelnen Vorschriften der MaBV betreffenden Teilziffern Hinweise auf die jeweiligen Verstöße erfolgten, und daß in dem jeweiligen Vermerk die einzelnen Verstöße festgehalten wurden, in den Prüfungsberichten A und K in den einzelnen

Teilziffern auf Verstöße gegen die jeweiligen Vorschriften der MaBV hingewiesen wurde, der jeweilige Vermerk aber keine Verstöße aufzählte. Im Prüfungsbericht C wurde zwar in einer Teilziffer eine Unregelmäßigkeit festgehalten, jedoch wurde begründet, warum in der Unregelmäßigkeit kein Verstoß vom Prüfer gesehen wurde; deshalb enthielt der Vermerk auch keinen Hinweis auf einen Verstoß. Allerdings erläuterte der Prüfer auf entsprechende Anfrage der zuständigen Behörde (Landratsamt) in einem Schreiben vom 26.2.1980 seine Auffassung, warum er in der im Prüfungsbericht erwähnten Unregelmäßigkeit keinen Verstoß gegen die MaBV gesehen hatte. In dem Prüfungsbericht D gab der Prüfer einen Hinweis auf die verletzte Anzeigepflicht nach § 9 MaBV, erwähnte im Vermerk jedoch diesen Verstoß nicht, weil er wegen der nicht einschlägigen Tätigkeit des geprüften Gewerbetreibenden einen sog. Negativ-Vermerk erteilte.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, daß die befragten Prüfer in der Mehrzahl der Fälle schwerwiegende Verstöße der Wohnungsunternehmen in den Vermerk im einzelnen aufnahmen. Geringere Verstöße wurden nur im Prüfungsbericht erwähnt, nicht jedoch im Vermerk. Eine solche Gewichtung nahmen fast alle Prüfer vor, wobei sie ihre Verhaltensweise mit Rücksichtnahme auf das Mandatsverhältnis begründeten. Einige Prüfer sahen hierbei durchaus das Problem des Vollzugsdefizites der gewerberechtlichen Schutzvorschriften, hielten aber gleichzeitig eine "Erziehung" des Wohnungsunternehmens für möglich.

6.2.3 Stellungnahme

In allen Fällen, in denen der Prüfer Verstöße des Wohnungsunternehmens in den Vermerk des Prüfungsberichtes aufnimmt, ist insoweit der Schutz der Auftraggeber erreichbar, da die Behörde in der Lage ist, aufgrund des ihr so vermittelten Wissens ggf. entsprechende Schritte gegen das Wohnungsunter-

nehmen einzuleiten.

Sofern der Prüfer jedoch eine Gewichtung der festgestellten Verstöße vornimmt, er also beurteilt, ob der Auftraggeberschutz durch das Verhalten des Wohnungsunternehmens tangiert ist oder nicht, und nur die beeinträchtigenden Verstöße vermerkt, ist die Behörde grundsätzlich nicht mehr in der Lage, absolut über den Vollzug der gewerberechtlichen Vorschriften und die (noch) vorhandene Zuverlässigkeit des Wohnungsunternehmens zu entscheiden. Ihre Urteilsfähigkeit wird durch die Filterwirkung des Prüferurteils eingeschränkt.

Fraglich ist daher, ob die Zulässigkeit einer Gewichtung durch den Prüfer dem Zweck des § 16 Abs. 1 Satz 3 MaBV entspricht. Wie oben unter 6.2 bereits ausgeführt, handelt der Prüfer als verlängerter Arm der Behörde und verschafft ihr die zur Beurteilung erforderliche Sachkenntnis.

Die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Sätze 2, 3 und 4 MaBV ist den aktienrechtlichen Prüfungsnormen in §§ 148 ff. AktG nachgestellt. Entscheidender Unterschied ist jedoch, daß § 167 Abs. 1 AktG einen umfassenden Bestätigungsvermerk vorschreibt, d.h., ein Gesamturteil des Abschlußprüfers über die Ordnungsmäßigkeit von Buchführung, Jahresabschluß und Geschäftsbericht des geprüften Unternehmens. Demgegenüber verlangt § 16 Abs. 1 MaBV die ausdrückliche Aufstellung aller festgestellten Verstöße. Nur wenn keine Verstöße bei der gewerberechtlichen Prüfung festgestellt wurden, ist ein Prüfungsvermerk entsprechend dem AktG denkbar (s.6.1). Festzuhalten ist daher, daß dem Prüfer kein Ermessensspielraum darüber eingeräumt ist, ob er festgestellte Verstöße in dem Vermerk aufzählt oder nicht.

Da jedoch die Prüfung nach § 16 MaBV eine Ordnungsmäßigkeitsprüfung ist, also einen Vergleich zwischen einem gesetzlich-abstrakten Soll-Zustand und einem konkreten Ist-

Zustand anstellt, ist es in das (pflichtgemäße) Ermessen des Prüfers gestellt, welcher Methoden zur Prüfung er sich bedient und welche Bedeutung er den Feststellungen beimißt. Aufgabe des Prüfers ist es demnach, die festgestellten Verstöße qualitativ zu beurteilen und entsprechend zu gewichten, indem er in dem Bericht, dessen Inhalt gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, die Art, die Ursache und die Tragweite eines jeden Verstoßes erläutert. Dabei hat er Ausführungen darüber zu machen, ob es sich um einzelne, organisatorische Fehler in abgrenzbaren Bereichen oder um echte Systemfehler handelt, die in bestimmten Bereichen die Einhaltung der Vorschriften der MaBV ernsthaft in Frage stellen (Anm. 337). Diese Erläuterungen erleichtern es der Behörde, den Hintergrund der vermerkten Verstöße zu erfassen und die Art ihrer Entscheidung darauf abzustellen; ihr verbleibt die Entscheidungskompetenz.

Die vorgenannten Pflichten des Prüfers stehen in einem Spannungsfeld zur wirtschaftlichen Mandantenabhängigkeit des Prüfers. So wurde als Grund für die vorgenommene Gewichtung bzw. Nichterwähnung festgestellter Verstöße von den befragten Prüfern angegeben (s.o.6.2.2), man wolle sein Mandat - nicht nur hinsichtlich der MaBV-Prüfung, sondern ggf. auch hinsichtlich anderer Prüfungs- und Beratungstätigkeiten - für die weitere Zukunft behalten. Die Gefahr des Verlustes des Auftrages kann dadurch entstehen, daß der Prüfer das Wohnungsunternehmen u.U. schon seit langer Zeit betreut und ihm beratend zur Seite steht, der Prüfer aber gehalten ist, Verstöße des Wohnungsunternehmens gegen die Vorschriften der MaBV festzuhalten und im Prüfungsbericht der Behörde zu "melden", so daß dem Wohnungsunternehmen eine Sanktion von seiten der Behörde drohen kann. Oft fehlt dem Wohnungsunternehmen das Verständnis für die Funktion des Prüfers als verlängerter Arm der Behörde. In diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, daß der Prüfer wirtschaftlich nicht völlig vom Mandanten unabhängig ist, wenn auch der MaBV-Prüfung

kein mit der aktienrechtlichen Prüfung vergleichbares Gewicht beizulegen ist.

In Kenntnis dieser Umstände wird der Prüfer (vgl. o. Prüfer VII) sein Verhalten bei festgestellten Verstößen bestimmen. Er wägt ab zwischen einer Beeinträchtigung des Verbraucherschutzes und dem Grad des Verständnisses seines Mandanten. Dabei steht ihm ein nicht zu übersehendes Argument zur Seite, nämlich, daß der Verbraucherschutz grundsätzlich z.B. durch das Fehlen eines einzigen Beleges oder Inserates nicht gefährdet ist.

Diese Problematik wird verschärft durch § 16 Abs. 3 Satz 3 MaBV, wonach Prüfer für die Prüfung ungeeignet sein sollen, bei denen die Besorgnis der Befangenheit besteht, d.h., wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Prüfers zu rechtfertigen (Anm. 338). Dieser Grundsatz folgt für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bereits aus § 49 WPO, so daß auf die hierzu entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann (Anm. 339). Einzelheiten enthalten die nach § 57 Abs. 2 Nr. 5 WPO von der Wirtschaftsprüfer-Kammer erlassenen "Richtlinien für die Berufsausübung der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer" (Anm. 340). Die Besorgnis der Befangenheit kann sich danach sowohl aus personen- als auch aus sachbezogenen Gründen ergeben.

Personenbezogene Gründe können vorliegen, wenn nahe Beziehungen des Prüfers zu einer leitenden Persönlichkeit des Unternehmens oder zu einem an der Sache Beteiligten bestehen. Die nahe Beziehung kann persönlicher, verwandschaftlicher oder geschäftlicher Art sein. Personenbezogene Gründe können aber auch in finanziellen oder kapitalmäßigen Bindungen des Prüfers gegenüber dem Gewerbetreibenden unmittelbar oder mittelbar liegen. Sachbezogene Gründe können sich ergeben, wenn der Prüfer einen Tatbestand zu beurteilen hat, dessen

Zustandekommen er maßgeblich mit beeinflußt hat. Führt z.B. der Prüfer oder einer seiner Angestellten die nach § 11 MaBV vorgeschriebene Inseratensammlung im Rahmen der Erstellung der Buchführung selbst durch, so ist er von der Prüfung dieser Sammlung ausgeschlossen. Unvereinbar mit der Prüfungstätigkeit ist auch, wenn der Prüfer anstelle des Wohnungsunternehmens unternehmerische Entscheidungen getroffen hat (Anm. 341). Das bedeutet, hat der Prüfer nur Beratungs- und Prüfungsaufgaben übernommen, wird man ihn i.d.R. nicht für Befangen zu erklären haben. Auch wird man das Bestreben des Prüfers, den Prüfungsauftrag wiedererteilt zu bekommen und die daraus resultierende Rücksichtnahme im allgemeinen nicht als Befangenheit qualifizieren können. Es sei jedoch auf die Möglichkeit der Abhängigkeit hingewiesen, die dann als Befangenheit anzusehen ist, wenn das von einem Mandanten für Prüfungsaufträge insgesamt gezahlte Honorar auf Dauer einen wesentlichen Teil der Einkünfte des Wirtschaftsprüfers darstellt (Anm. 342).

Um der ganzen Problematik die Spitze zu nehmen, wurde von Prüfer II vorgeschlagen, den Prüfer von vornherein jeweils für mehrere Prüfungszeiträume zu bestellen, denn nach der geltenden Regelung habe das Wohnungsunternehmen das Recht, für jeden Prüfungszeitraum einen neuen Prüfer wählen zu können. Als Vergleich sei die aktienrechtliche Prüfung nach §§ 148 ff. AktG heranzuziehen, für die der Abschlußprüfer nach § 163 Abs. 1 Satz 1 AktG zwar auch jährlich (neu) gewählt wird, in der Praxis aber ein einmal erteiltes Abschlußprüfungsmandat fast immer demselben Abschlußprüfer wieder übertragen wird (s.o.6.2.2). Es sei hier an eine Erteilung des Auftrags an den Prüfer für drei aufeinanderfolgende Prüfungszeiträume zu denken.

Hierzu sollte in § 16 Abs. 1 MaBV eine entsprechende Regelung aufgenommen werden. Durch diese längere Bindung wird erreicht, daß der Prüfer seine Erziehung intensivieren kann.

Ein Drei-Jahres-Zeitraum ist für das Wohnungsunternehmen zumutbar, denn es vermag relativ bald den Prüfer wieder zu wechseln. Die Höhe der Kosten für das Wohnungsunternehmen würden insofern gemindert, da sich derselbe Prüfer nicht jedes Jahr wieder unter erhöhtem Zeitaufwand in die Geschäftsunterlagen des Wohnungsunternehmens einarbeiten müßte. Die Verlängerung der Auftragsdauer steht im Gleichklang mit einer Entwicklung in der aktienrechtlichen Prüfung, die bisher auch für jedes Wirtschaftsjahr die Möglichkeit vorsah, einen neuen Prüfer zu wählen (§ 163 Abs. 1 Satz 1 AktG; Anm. 343). Der geänderte Vorschlag einer 5. EG-Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft (Anm. 344) sieht künftig eine Bestellung des Abschlußprüfers für eine Zeitdauer vor, die nicht unter drei Jahren und nicht über sechs Jahren liegen darf, wobei eine Wiederwahl möglich sein soll. Das Problem der Höhe der Kosten stellt sich hierbei in noch größerem Ausmaß wegen der erheblich umfangreicheren Prüfungstätigkeiten. Die angestrebte Änderung kommt damit sowohl dem Prüfer als auch dem Prüfungspflichtigen entgegen.

Eine entsprechende Regelung in § 16 Abs. 1 MaBV, die diesen Überlegungen Rechnung trägt, könnte durch eine Einfügung nach Satz 1 folgenden Wortlaut erhalten:

... Der Gewerbetreibende hat den Prüfungsauftrag demselben Prüfer jeweils für drei aufeinanderfolgende Prüfungszeiträume zu erteilen; der Prüfer kann vorzeitig nur aus wichtigem Grund abberufen werden. ...

Als grundsätzliche Alternative bietet sich hierzu an, Bau-träger und Baubetreuer zur Mitgliedschaft in einem Prüfungsverband für Wohnungsunternehmen zu verpflichten (Anm. 345). Die Prüfung nach § 16 MaBV hat durch bei dem Prüfungsverband angestellte Wirtschaftsprüfer zu erfolgen. Der Vorteil dieser Alternative ist darin zu sehen, daß die Prüfungen von einem unabhängigen Verband vorgenommen werden, der gleichzeitig über qualifizierte, weil spezialisierte Prüfer ver-

fügt. Eine Mandantenabhängigkeit wäre wegen der Pflichtmitgliedschaft ohne wirtschaftlichen Einfluß, denn ein Wohnungsunternehmen vermag aus unterschiedlichen Gründen die Person eines Prüfers ablehnen, es kann aber nicht den Verband wechseln. Auf diese Art und Weise läßt sich die Effizienz der Prüfung nach § 16 MaBV steigern; auch kann durch eine umfassende Aufklärungs- und Beratungstätigkeit vonseiten des Verbandes auf eine gründlichere Einhaltung der Vorschriften der MaBV hingewirkt werden, was wiederum dem Schutz der Auftraggeber zugute käme. Vonnöten wäre jedoch eine eigenständige gesetzliche Regelung, da eine entsprechende Erweiterung der MaBV (zur Zeit) von der Ermächtigungsgrundlage des § 34c Abs. 3 GewO nicht gedeckt ist.

6.3 Die Berichtsempfänger

Wie bereits oben unter 6.1 ausgeführt, ist der Prüfungsbericht zunächst vom Prüfer an den geprüften Gewerbetreibenden und von diesem der zuständigen Behörde einzureichen. Als Ordnungswidrigkeit wird nach § 18 Nr. 12 MaBV angesehen, wenn der Gewerbetreibende es versäumt, einen Bericht einzureichen oder dies nicht rechtzeitig erfolgt. Gleiches gilt für einen unvollständigen Prüfungsbericht.

Diesem Sachverhalt zufolge treten zwei verfahrensbedingte Berichtsempfänger auf:

1. Der Prüfungspflichtige als Zwischenempfänger und öffentlich-rechtlich verantwortlicher Vermittler und
2. die zuständige Behörde als eigentlicher Adressat und Endempfänger.

6.3.1 Der Informationsbedarf

Die zuständige Behörde benötigt zur Durchführung der Überwachungsaufgabe Informationen über den Gewerbetreibenden. Zur

Deckung ihres Datenbedarfs stehen ihr drei Informationsquellen zur Verfügung:

1. Das Recht auf mündliche und schriftliche Auskunftserteilung nach § 15 Abs. 1 MaBV.
2. Das Recht der Nachschau auf dem Grundstück und in den Geschäftsräumen des Prüfungspflichtigen nach § 15 Abs. 2 MaBV.
3. Der Prüfungsbericht nach § 16 Abs. 1 MaBV.

Die Tauglichkeit dieser Informationsquellen hängt ab von der Art und Qualität der gelieferten Daten und von der Möglichkeit der Datenempfänger, diese auszuwerten. Die Vielzahl der Prüfungspflichtigen, der vorgeschriebene Prüfungsumfang und die personell-organisatorischen Voraussetzungen der öffentlichen Verwaltung verlangen eine Datenaufbereitung und Standardisierung der Prüfung. Unter diesen Gesichtspunkten scheinen die Quellen 1 und 2 für die Informationsbeschaffung nicht tauglich, weil sie nicht praktikabel sind. Der für eine ordnungsmäßige und aussagefähige Prüfung erforderliche Zeit- und Personalaufwand würde die Nutzung dieser Quellen nur in langjährigem Turnus, stichprobenartig und oberflächlich zulassen. Der periodischen und standardisierten Information durch den Prüfungsbericht kommt deshalb die größte Bedeutung für die Urteilsbildung zu. Auskunft und Nachschau können nur ergänzende Informationsquellen sein, z.B. bei Unvollständigkeit des Prüfungsberichts.

5.3.2 Funktionen des Prüfungsberichts

Dem Prüfungsbericht kommen demnach Informations- und Dokumentationsfunktionen zu.

Er unterrichtet die zuständige Behörde über die Art und Weise, in der das Wohnungsunternehmen den Bestimmungen der §§ 2-14 MaBV Folge geleistet hat.

Er dient als Nachweis der Prüfungshandlungen des Prüfers und als Nachweis für den Prüfungspflichtigen, sich dem Prüfungsverfahren unterzogen zu haben.

Teil Vollzug durch die Verwaltung

Einführung

Die Untersuchung beschäftigte sich in diesem Teil mit dem Vollzug des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO und der MaBV durch die Verwaltung. Anlaß für die Untersuchung der Vollzugspraxis war die Vermutung gewisser Probleme weniger bei der Erlaubniserteilung, als vielmehr bei den Überwachungs- und Sanktionstätigkeiten. Es wurde daher versucht, das Maß des Vollzugerfolges festzustellen, und zwar bei untersten Vollzugsbehörden, da nur diese im vorliegenden Fall mit der sozio-ökonomischen Umwelt interagieren. Demzufolge verlangte das Ziel der Untersuchung eine Differenzierung zwischen der Überprüfung der Wirkung des politischen Programms (Anm. 346) der gewerberechtlichen Schutzvorschriften (Evaluation; Anm. 347) und der des Vollzugs dieses Programms (Implementation; Anm. 348). Obwohl sich die Untersuchung auf die Überprüfung des Vollzugs beschränkte, darf nicht verkannt werden, das Implementation und Evaluation in gewissem Umfang interdependent sind und ihre Grenzen verschwimmen können. So kann zwar das Problemfeld der Implementierung der gewerberechtlichen Schutzvorschriften als Teilbereich der Erfolgskontrolle oder sogar der Wirkungsanalyse (Evaluierung) des politischen Programms gesehen werden (Anm. 349), jedoch kann der Erfolg eines Programms nicht bestimmt werden, wenn das Maß seines Vollzugs nicht bekannt ist. Andererseits orientiert sich das Behördenpersonal beim Vollzug an den Zielen des Programms (s.u. 3.2.1 und 3.3.2).

Während die Implementation rein rechtlich betrachtet keine Probleme aufwirft, weil der Vollzug rechtlich normiert und damit programmiert ist, besteht soziologisch Anlaß zu der Vermutung, daß Mängel im Vollzug einen Störfaktor der Zielerreichung eines politischen Programms darstellen (Anm. 350). Bei der Messung des Erfolges des Programms

(Schutz der Auftraggeber vor unlauteren Bauträgern und Baubetreuern) treten größere Schwierigkeiten auf als bei der Messung des Maßes des Vollzuges der gewerberechtlichen Schutzvorschriften (Anm. 351). Die Messung kann nicht mit einer Geldsumme definiert werden (Anm. 352), wie es ein Wirtschaftsunternehmen mit seinem Gewinn vermag, möglich ist aber z.B. ein Vergleich des erreichten Zustandes mit dem angestrebten Zustand (Soll-/Ist-Zustand; Anm. 353). Dies ist sicherlich problematisch bei der Bewertung des Erfolges des hier angesprochenen Programms, denn fraglich ist, ob das Nicht-Publikwerden von Klagen von Auftraggebern über erlittene Vermögensverluste schon als Programmerfolg betrachtet werden darf. Der Vollzug der gewerberechtlichen Schutzvorschriften ermöglicht dagegen eine Messung insoweit, als die Vollzugsaktivitäten eher einer Quantifizierung zugänglich sind. So steht i.d.R. die Zahl der Bauträger und Baubetreuer in einem Verwaltungssprengel aufgrund der erteilten Erlaubnisse fest, woraus sich die Zahl der jährlich einzureichenden Prüfungsberichte ergibt. Aufgrund der Feststellungen in einem Prüfungsbericht lassen sich die Verstöße ermitteln und, ggf. nach Einsatz von Sanktionsmitteln, die zukünftige Einhaltung der Vorschriften der MaBV aus dem Prüfungsbericht des Folgejahres erkennen (Anm. 354).

Die Möglichkeit der Feststellung des Vollzugsmaßes erlaubt eine Fortentwicklung der Verwaltungsinstrumente, wenn man den Vollzug in ein kybernetisches System eingebettet sieht (Anm. 355). Ausgehend von der Erkenntnis des Wirksamkeitsgrades des Verwaltungshandelns ermöglichen die dabei erhaltenen Informationen die Planung und Entwicklung neuer, wünschenswerterweise verbesserter Verwaltungsaktivitäten, deren Umsetzung in die Praxis wiederum einer Kontrolle zugänglich ist. Der damit ausgelöste Rückkopplungseffekt bewirkt einen ständigen Kreislauf, wobei den Informationen eine innovative, kybernetische Funktion beizumessen ist, die das System selbst zu verändern und den Anforderungen der Umwelt anzu-

passen vermögen, um den Vollzug selbst funktionsfähig zu erhalten (Anm. 356). Hier sei insbesondere auf den "Annoncen-Versuch" der Nürnberger Behörde hingewiesen (s.u. 3.2.1). Denkbar ist aber auch weiterhin die Übertragung dieses Modells in einen übergreifenden Rahmen, wenn man Programmentwicklung, Vollzug durch die Verwaltung und Erfolgskontrolle in einem kybernetischen Kreislauf eingebunden versteht, indem das Programm selbst angepaßt und novelliert wird (so z.B. geschehen in der Fortentwicklung der 1. Durchführungsverordnung zu § 34c GewO vom 20.6.1974 zur MaBV vom 11.6.1975 oder in der Änderung des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV aufgrund von Praktikabilitätsvorschlägen aus der Baupraxis), weil das politische System "lernt" (Anm. 357).

Nach diesen grundsätzlichen Überlegungen soll im folgenden auf die Untersuchung der Verwaltungseffizienz näher eingegangen werden.

Rechtsgrundlagen, Aufgabeninhalt und Instrumente

1

Rechtsgrundlagen

Nachdem bereits im 1. Teil unter 2 und 3 die rechtlichen Grundlagen insgesamt dargestellt wurden, sind als Rechtsgrundlagen für die Vollzugsaktivität der Verwaltung einmal einzelne Vorschriften in § 34c GewO und in der MaBV zu nennen. Dies sind § 34c Abs. 1 GewO hinsichtlich der Erlaubnispflicht und § 34c Abs. 2 GewO hinsichtlich der Versagung der Erlaubnis; in der MaBV zählen hierzu die Informationsmittel des § 9 "Anzeigepflicht", des § 15 "Auskunft und Nachschau" und des § 16 "Prüfungen".

Zum anderen sind in der jeweils gleichlautenden Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 34c GewO und zur MaBV (VwV § 34c GewO) der Länder der Anwendungsbereich und das Erlaubnisverfahren nach § 34c GewO und die einzelnen Vorschriften der MaBV als Vollzugshilfen erläutert (Anm. 358).

Schließlich regelt § 53 Abs. 2 GewO die Voraussetzungen der Rücknahme der Erlaubnis.

Die behördlichen Zuständigkeiten für den Vollzug von §§ 34c und 53 Abs. 2 GewO sowie der MaBV regeln gem. § 155 Abs. 2 und 5 GewO die Landesgesetze. Im folgenden werden beispielhaft nur die Zuständigkeiten der Behörden in denjenigen Ländern aufgeführt, in denen Befragungen des Behördenpersonals vorgenommen wurden.

Sachlich zuständig ist

- in Bayern die Kreisverwaltungsbehörde (kreisfreie Gemeinde, Landratsamt) gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 der 2. Verordnung zur Durchführung der Gewerbeordnung vom 15.12.1979 (Anm. 359),
- in Nordrhein-Westfalen die Kreisordnungsbehörde

(kreisfreie Gemeinde, Kreisverwaltung) gem. § 1 Abs. 1 der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Gewerbeüberwachung vom 13.5.1980 (Anm. 360),

- in der Freien und Hansestadt Hamburg die Bezirksämter gem. Ziff. I Abs. 1 der Anordnung zur Durchführung der Gewerbeordnung vom 7.10.1975 (Anm. 361).

Örtlich zuständig ist

- in Bayern die Behörde, in deren Bezirk eine gewerbliche Niederlassung des Gewerbetreibenden sich befindet oder errichtet werden soll gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 der 2. Verordnung zur Durchführung der Gewerbeordnung vom 15.12.1979 (Anm. 362),
- in Nordrhein-Westfalen die Behörde, in deren Bezirk das Unternehmen oder die Betriebsstätte betrieben wird oder betrieben werden soll gem. § 2 Abs. 1 der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Gewerbeüberwachung vom 13.5.1980 (Anm. 363),
- in der Freien und Hansestadt Hamburg das Bezirksamt, in dessen Bezirk das Unternehmen oder die Betriebsstätte betrieben wird oder betrieben werden soll gem. Ziff. I Abs. 1 der Anordnung zur Durchführung der Gewerbeordnung vom 7.10.1975 (Anm. 364).

2.2 Aufgabeninhalt

Der Aufgabeninhalt orientiert sich an der gesetzgeberisch-politischen Motivation für die Einführung des § 34c GewO und für den Erlaß der MaBV.

Das Gesetz zur Änderung der GewO vom 16.8.1972 (Anm. 365), aufgrund dessen § 34c GewO eingefügt wurde, hatte das Ziel, Mißständen auf dem Grundstücks-, Wohnungs-, Bau- und Kapitalmarkt entgegenzuwirken (Anm. 366). Dieses Ziel soll mit der Einführung der Erlaubnispflicht in § 34c Abs. 1 Satz 1

Nr. 2 GewO, die den Zugang zu den dort genannten Gewerben regulieren soll, und den auf § 34c Abs. 3 GewO gestützten Erlaß der MaBV, die u.a. die Einzelheiten der Pflichten der Wohnungsunternehmen regelt, verwirklicht werden. Insbesondere die Pflichtprüfung nach § 16 MaBV ermöglicht die Überwachung von Bauträgern und Baubetreuern, ob diese die in der MaBV enthaltenen Verbraucherschutzvorschriften einhalten.

Der Einsatz von Sanktionsmitteln zielt auf Wohnungsunternehmen ab, die die Bestimmungen des § 34c GewO und/oder der MaBV nicht einhalten. Hier ist es Aufgabe der Verwaltungsbehörde, diese Wohnungsunternehmen durch das Androhen oder das Zufügen von Nachteilen zu einem normkonformen Verhalten zu zwingen und andere Wohnungsunternehmen von Normverstößen abzuschrecken.

2.3 Instrumente

Die gesetzlichen Mittel, deren sich die Behörde bedienen kann bzw. zu bedienen hat, werden hier als Instrumente bezeichnet.

2.3.1 Instrument der Erlaubnis

Die Gewerbeordnung bedient sich in § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zur Erreichung des Zwecks, Schutz der Vermögenswerte der Auftraggeber, der Rechtsfigur des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt. D.h., die Betätigung als Bauträger oder Baubetreuer ist nicht zulässig, solange eine entsprechende Erlaubnis nicht erteilt ist. Kenntnis von der beabsichtigten Aufnahme einer Tätigkeit als Bauträger oder Baubetreuer erlangt die Behörde aufgrund der in § 14 Abs. 1 GewO vorgeschriebenen Anzeige.

Das Instrument der Erteilung der Erlaubnis erfüllt eine Schleusenfunktion, die diejenigen Wohnungsunternehmen von

der Betätigung als Bauträger oder/und Baubetreuer ausscheidet, die nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzen oder deren Vermögensverhältnisse ungeordnet sind (§ 34c Abs. 2 GewO).

2.3.2 Instrumente der Überwachung

Wichtigstes Instrument zur Erfüllung der Überwachungsaufgaben ist die Auswertung der von den Wohnungsunternehmen nach § 16 Abs. 1 MaBV einzureichenden Prüfungsberichte, die Feststellungen über die Einhaltung der Vorschriften der MaBV enthalten.

Daneben stehen der Behörde folgende Instrumente zur Verfügung:

- Anzeigepflicht des Wohnungsunternehmens gem. § 9 MaBV über die mit der Leitung des Betriebes beauftragten Personen,
- Auskunft und Nachschau gem. § 15 MaBV,
- Anordnung einer Sonderprüfung gem. § 16 Abs. 2 MaBV.

2.3.3 Sanktionsinstrumente

Als Sanktionsinstrumente kommen in Betracht

- die Mittel der Verwaltungsvollstreckung zur Erzwingung der Abgabe des Prüfungsberichtes und der Unterlassung von Verstößen gegen Vorschriften der MaBV durch Verhängung von Zwangsgeld sowie durch Erwirkung einer verwaltungsgerichtlichen Anordnung von Ersatzzwangshaft (Anm. 367); als Ersatzvornahme kommt nur die Anordnung einer Sonderprüfung gem. § 16 Abs. 2 MaBV als spezialgesetzlicher Regelung in Betracht, wenn der Gewerbetreibende sich nicht prüfen läßt und demzufolge keinen Bericht abgibt; Ersatzzwangshaft darf jedoch nur angeordnet werden, wenn das Zwangsgeld uneinbringlich ist;

- die Verhängung von Bußgeld gem. § 18 MaBV i.V.m. § 144 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 GewO bei Verstößen gegen Vorschriften der MaBV, § 144 Abs. 1 Nr. 1 lit. h GewO bei Betätigung ohne die erforderliche Erlaubnis, § 144 Abs. 1 Nr. 3 GewO in dem Fall, wenn ein Stellvertreter die erlaubnispflichtige Betätigung ohne Erlaubnis durchführt sowie § 144 Abs. 2 Nr. 3 GewO im Falle der Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Auflage (§ 34c Abs. 1 Satz 3 GewO);
- die Stellung einer Strafanzeige im Hinblick auf § 148 Nr. 1 und 2 GewO im Falle einer in § 144 Abs. 1 GewO bezeichneten beharrlichen und wiederholten Zuwiderhandlung oder im Falle einer in § 144 Abs. 2 Nr. 1 Zuwiderhandlung unter Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert, und § 148a GewO im Falle strafbarer Verletzungen von Prüferpflichten;
- die Rücknahme der Erlaubnis gem. § 53 Abs. 2 GewO.

Aufgabenerfüllung

Die folgenden Darlegungen beruhen auf den Ergebnissen von drei mündlichen Befragungen von Vertretern des Ordnungsamtes der Stadt Köln, der Gewerbeabteilung der Stadt Nürnberg und des Amtes für Wohnungswesen (Baubehörde) der Freien und Hansestadt Hamburg. Die Befragungen zielten im Hinblick auf die Thematik der Untersuchung weniger auf das Erlaubnisverfahren, als vielmehr auf die Überwachungs- und Sanktionstätigkeiten der Behörde ab. Eine Einsicht in behördliche Akten war aus rechtlichen Gründen nicht möglich; jedoch ergeben die Äußerungen des Vertreters der Nürnberger Behörde insbesondere wegen der Quantifizierung der einzelnen Fälle ein aufschlußreiches Bild über die Vollzugsaktivitäten.

Die konkrete Verwaltungstätigkeit richtet sich nach dem gesetzlichen Auftrag des § 34c GewO und der MaBV. Da diese gewerberechtlichen Vorschriften mit dem Instrumentarium von Erlaubnis, Geboten, Verboten und Strafandrohungen ausgestattet sind, können sie als sog. regulatives Programm bezeichnet werden (Anm. 368). Das Maß des Vollzugs eines regulativen Programms und die daraus erkennbare Verwaltungseffizienz sind erklärbar, wenn man den Gesamtzusammenhang sowohl der Dimensionen einer Verwaltungsentscheidung als auch von in gewissem Umfang kollidierender Ziele von Behörde, Gewerbetreibenden und Prüfern betrachtet. Denn den o.g. Instrumenten ist ein gewisser Konfliktbereich immanent, der deshalb Durchsetzungsfähigkeit sowie einen hohen Kontrollaufwand der Behörde verlangt (Anm. 369). Allerdings darf Verwaltungseffizienz nicht als Prinzip ausschließlicher Zielverwirklichung ohne Rücksicht auf Verluste verstanden werden (Anm. 370). Aufgrund der Betrachtung der Vollzugsaktivitäten lassen sich die Schwachstellen des Instrumentariums und des Programms aufzeigen, inwieweit nämlich normative und behördliche Anordnungen durchgesetzt werden können und damit den Erfolg des Vollzugs und gleichzeitig des Programms offenba-

ren.

3.1 Das Erlaubnisverfahren

Die Erlaubnis nach § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO muß schriftlich bei der zuständigen Behörde beantragt werden. Ein Muster eines solchen Antrags befindet sich in Anlage 1 zur VwV § 34c GewO. In dem Antrag sind Angaben zur Person, insbesondere im Hinblick auf § 34c Abs. 2 GewO zum Betrieb und zur Art der Tätigkeit, für die die Erlaubnis beantragt wird, zu machen. Nach Erteilung der Erlaubnis besteht die Anzeigepflicht nach § 14 Abs. 1 GewO über die Aufnahme des Betriebes als Wohnungsunternehmen.

Hat die Prüfung der Behörde ergeben, daß keine der beiden Versagungsgründe des § 34c Abs. 2 GewO vorliegen, der Antragsteller also zuverlässig ist und in geordneten Vermögensverhältnissen lebt, ist die Erlaubnis zu erteilen; hierauf besteht dann ein einklagbarer Rechtsanspruch (Anm. 371). Der Gesetzgeber hat damit ein präventives Prüfungsverfahren angeordnet, um der Behörde eine vorgängige Prüfung zu ermöglichen, ob die beabsichtigte Betätigung sozialschädlich ist (Anm. 372), d.h., ob der Antragsteller zuverlässig ist und in geordneten Vermögensverhältnissen lebt, und mit der Schaffung eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt zu einem vorbeugenden Steuerungsmittel gegriffen, daß die "Initiative der Legalitätsbeschaffung" dem Gewerbetreibenden überläßt (Anm. 373). Im Gegensatz zu einem repressiven Verbot (ohne Verbotsüberschuß) hat die Verwaltung bei dem hier anzunehmenden präventiven Verbot (mit Verbotsüberschuß) eine Korrekturmöglichkeit im Einzelfall eben dieses Verbotsüberschusses durch Erteilung der Erlaubnis (Anm. 374).

Eine normierte Korrekturmöglichkeit ist der Behörde in § 34c Abs. 1 Satz 3 GewO eingeräumt, wonach die Erlaubnis inhaltlich beschränkt oder unter gleichzeitigen oder nachträglichen

chen Auflagen erteilt werden kann. Eine inhaltliche Beschränkung kann etwa dergestalt erfolgen, daß z.B. ein Bau-träger Bauvorhaben nur vorbereiten oder nur durchführen darf oder auch nur eine bestimmte Art von Bauvorhaben vorbereiten oder durchführen darf. Auflagen kommen zum Schutz vor Gefahren für die Allgemeinheit und der Auftraggeber in Betracht, soweit dem Gewerbetreibenden nicht bereits durch die Bestimmungen der MaBV entsprechende Verpflichtungen auferlegt wurden (Anm. 375). Auflagen können nach § 36 Abs. 2 Nr. 4 der Länder-VwVfG der Erlaubnis beigefügt werden und sind zu ihr akzessorisch (Anm. 376). Als vorbeugendes Steuerungsmittel kann eine Auflage z.B. darin bestehen, daß ein bereits als etwas säumig bekannter Gewerbetreibender seinen Prüfungsbericht spätestens einen Monat nach Ende der Prüfungsfrist am 30.9. der Behörde einzureichen hat.

Liegt bereits einer der beiden abschließend aufgeführten Versagungsgründe vor, ist die Erlaubnis zu versagen (Anm. 377). Die jeweilige Formulierung in § 34c Abs. 2 GewO "besitzt in der Regel nicht" stellt einen unbestimmten Rechtsbegriff dar und gibt keinen Raum für behördliches Ermessen oder behördlichen Beurteilungsspielraum (Anm. 378). Die in der Vorschrift nicht abschließend aufgezählten Regelbeispiele stellen jedoch keinen absoluten Versagungsgrund dar und erlauben aufgrund teleologischer Auslegung der Behörde, auch andere Tatbestände als Versagungsgrund zu qualifizieren (Anm. 379).

Nach Auskunft des Vertreters der Nürnberger Behörde sind Umgehungsversuche in diesem Zusammenhang nicht bekannt; die Behörde hält sich an die Angaben des Bau-trägers bzw. Baubetreuers im Antrag auf Erlaubniserteilung sowie an die Feststellungen des Prüfers im Prüfungsbericht.

3.2 Die Überwachung

Im Hinblick auf die Themenstellung beschränkten sich die Befragungen auf die Überwachungsaktivitäten im Zusammenhang mit den Prüfungsberichten der Wohnungsunternehmen.

Da die Einhaltung der Verpflichtungen der MaBV mit Kosten- und Arbeitseinsatz verbunden ist und die Wohnungsunternehmen deshalb die Verpflichtung als zusätzliche Last empfinden, kann der Auftraggeberschutz nur mit Hilfe staatlicher Kontrolle verwirklicht werden. Dabei erfüllt die Überwachungstätigkeit zwei Funktionen. Sie soll zum einen Verstöße gegen die Pflichten in der MaBV aufdecken und abstellen und zum anderen die Einhaltung der Pflichten gewährleisten, da festgestellte Verstöße geahndet werden können (Anm. 380). Diese Überwachungsmöglichkeit ist aufgrund des § 16 Abs. 1 MaBV wirkungsvoll ausgestaltet, da sich jedes Wohnungsunternehmen für jedes Kalenderjahr auf die Einhaltung der §§ 2-14 MaBV bis zum darauf folgenden 30. September prüfen lassen muß und den Prüfungsbericht der zuständigen Behörde einzureichen hat. Die Überwachungstätigkeit trägt somit durch die Tatsache als solche und ihre jährliche Frequenz über die Erhöhung des Entdeckungsrisikos als Motivation zu normkonformem Verhalten bei (Anm. 381).

Wie groß die Effizienz der Überwachungstätigkeit ist, soll im folgenden anhand der Sicherstellung der Abgabe des Prüfungsberichtes und der Beurteilung der eingereichten Prüfungsberichte aufgrund der in § 16 Abs. 1 MaBV vorgeschriebenen Prüfung dargestellt werden.

3.2.1 Sicherstellung der Abgabe des Prüfungsberichtes

Der Vertreter der Nürnberger Behörde schilderte detailliert das Vorgehen seiner Behörde; Ausführungen zu Art und Umfang von Sanktionen zur Erzwingung der Berichtsvorlage sollen dem

nächsten Abschnitt 3.3 vorbehalten werden.

Im August eines jeden Jahres wird jeder prüfungspflichtige Gewerbetreibende in einem Schreiben der Nürnberger Behörde auf den Ablauf der Zeit zur Prüfung (30. September) hingewiesen; zusätzlich erscheint in der örtlichen Tageszeitung eine Annonce mit dem Hinweis auf diesen Termin. Dieses Verfahren wurde bisher nur in Nürnberg gehandhabt, allerdings sollte zum Zeitpunkt der Befragung (1981) diese Methode auf Empfehlung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr auf ganz Bayern ausgedehnt werden, da dieser Versuch Erfolg gezeigt hat.

Den Prüfungspflichtigen wird eine weitere Frist bis zum 31. Dezember für die Abgabe des Prüfungsberichtes gewährt. Auf Antrag wird diese Frist verlängert.

Von den etwa 230 Gewerbetreibenden, die in Nürnberg unter § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a und b GewO fallen, geben fast alle den Bericht fristgerecht ab. Etwa 30 Personen (13 %), die den Bericht nicht abgeben, werden gem. Art. 28 Abs. 1 BayVwVfG schriftlich angehört. Damit ist den prüfungspflichtigen Wohnungsunternehmen Gelegenheit gegeben, sich zu den Gründen der Nichtvorlage des Prüfungsberichtes zu äußern. Von dem Einsatz von Sanktionsmitteln wird nur dann abgesehen, wenn die Verspätung unter Angabe von schwerwiegenden Gründen ausreichend entschuldigt wurde; als schwerwiegender Grund wurde z.B. angesehen, wenn der Prüfer wegen Arbeitsüberlastung nicht zur Berichtsfertigung kommt. Dies ist ein Beispiel für die Relativierung des Vollzugserfolges, denn die Behörde hat der politischen Dimension ihres Auftrages - Schutz der Auftraggeber durch Überwachung der Bauträger und Baubetreuer - absoluten Vorrang einzuräumen, ihre Reaktion durch Treffen der entsprechenden Entscheidung - Erzwingung der sofortigen Berichtsvorlage - wird aber durch Berücksichtigung einer technischen Dimension (Zeitpro-

bleme) oder menschlich-soziologischen Dimension (menschliche Unzulänglichkeit) beeinflusst (Anm. 382).

Die besondere Schwierigkeit dieses Problembereichs rührt daher, daß zwar § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV die Beendigung der Prüfung bis zum 30. September für das vorangegangene Kalenderjahr vorschreibt, aber keinen Termin zur Einreichung des Prüfungsberichtes nennt. Eine Hilfestellung, allerdings mit Bindungswirkung nur für die Verwaltung, gibt Ziff. 3.16.1 Abs. 4 VwV § 34c GewO, wonach der Bericht nach der Intention der MaBV 2-3 Monate später eingereicht sein soll. Demgegenüber wird auf Seite 24 der Begründung der BR-Dr 179/75 von einer Übermittlung des Prüfungsberichtes "bis zu dem festgelegten Termin" gesprochen. Ein Termin ist jedoch nicht festgelegt; § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV weist nur den 30. September aus, bis zu dem der Gewerbetreibende sich prüfen zu lassen hat.

Insoweit liegt hier eine normative Regelungslücke vor, die als Mangel des Programms bezeichnet werden muß. Denn die Gewährleistung des Auftraggeberschutzes erfolgt nicht (allein) durch die Durchführung der Prüfung, sondern durch das Urteil der Behörde, ob das Wohnungsunternehmen zuverlässig ist oder nicht. Erst die evtl. erforderlichen Maßnahmen der Behörde verhelfen dem Auftraggeberschutzgedanken zur tatsächlichen Wirkung. Festzuhalten bleibt daher, daß der von der Nürnberger Behörde beschrittene Weg geeignet ist, ein rasches Einsetzen der Überwachungstätigkeit zu ermöglichen. Die Effizienz dieses Verwaltungshandelns zeigt sich darin, daß immerhin von den in Nürnberg abzugebenden ca. 230 Prüfungsberichten rd. 87 % bis zum 31. Dezember eingingen (Anm. 383).

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß beim Vollzug eines regulativen Programms (§ 34c GewO, MaBV) die faktische Abhängigkeit der prüfungspflichtigen Wohnungsunternehmen von der Behörde nicht allzu groß ist, im Gegensatz zu einem Lei-

stungsprogramm, bei dem der Normadressat einen Rechtsanspruch bei der Verwaltung geltend machen muß, um eine Leistung zu erhalten (Anm. 384). Denn Wohnungsunternehmen sind aufgrund ihres Informationsstandes durchaus in der Lage, die Vorlage ihres Berichts hinauszuzögern, und sei es unter Inkaufnahme von Verwaltungszwang und Ausnutzung von Widerspruchs- und Klagemöglichkeit. Der Vertreter der Nürnberger Behörde berichtete, daß jährlich gegen insgesamt 32-40 Personen Zwangsgelder verhängt werden (Anm. 385). Um diesen Schwierigkeiten von vornherein weitgehend aus dem Weg zu gehen, ließ die Nürnberger Behörde eine Annonce in die örtliche Tageszeitung mit dem Hinweis auf das Bestehen des Prüfungstermines einrücken und alle prüfungspflichtigen Wohnungsunternehmen unter Hinweis auf diesen Termin anschreiben; aufgrund des § 34c GewO oder der MaBV bestand hierzu keine Verpflichtung. So betrachtet darf dieses Verwaltungshandeln als ein "Hinauswachsen" über die Regelorientierung der Verwaltung und als eine Erfüllung des Programmwerts bezeichnet werden. Es zeigt sich aber gleichzeitig, daß die Behörde beim Vollzug eines regulativen Programms nicht eine derart starke Machtposition besitzt, die die Befolgung normativer oder behördlicher Anordnungen automatisiert.

2. Überwachung durch die nach § 16 Abs. 1 MaBV vorgeschriebene Prüfung

Wie bereits ausgeführt dient die Pflichtprüfung der Information der Behörde darüber, ob das Wohnungsunternehmen die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Der Prüfungsbericht erfüllt insofern eine Informationsfunktion.

Da dem Gesetz- und Verordnungsgeber bekannt war bei Einführung der Pflichtprüfung, daß die hierfür zuständigen Verwaltungsbehörden wegen ihrer unzureichenden personellen Ausstattung mangels Fachwissens nicht in der Lage sind, eine wirksame Prüfung insbesondere der Bauträger und Baubetreuer

vorzunehmen (Anm. 386), entschloß er sich zu einer organisatorischen Arbeitsteilung (Anm. 387). Sie erfolgte in der Gestalt, daß mit der Prüfung der Bauträger und Baubetreuer die Wirtschaftsprüfer etc. (§ 16 Abs. 1 und 3 MaBV) betraut wurden, während der zuständigen Behörde die Beurteilung der Prüfungsergebnisse und die Entscheidungskompetenz über Sanktionen vorbehalten blieb. Die Aufteilung in prüfungstechnischen Fachverstand bei den Wirtschaftsprüfern und in administrativen Fachverstand bei den Behörden bleibt jedoch nicht ohne Auswirkungen.

Entscheidungen der Behörde erfordern Informationen, wobei die Qualität der Entscheidung von der Qualität der Informationen abhängt, d.h., von deren Richtigkeit, Vollständigkeit und Schnelligkeit (Anm. 388). Es liegt in der Natur der Sache, daß Störfaktoren möglich sind. Nachdem die Prüfung selbst durch qualifizierte Prüfer durchgeführt wird und deshalb Störfaktoren aufgrund der Prüferqualitäten kaum zu erwarten sind, deutet alles auf mögliche Mängel im Bereich der Übertragung der Informationen, nämlich im Prüfungsbericht hin. Damit sind Qualität und Inhalt des Prüfungsberichtes maßgeblich für die Qualität/Richtigkeit der Entscheidung der Behörde über die noch bestehende Zuverlässigkeit des Wohnungsunternehmens (Anm. 389). Die Brisanz der Problematik wurde gerade dadurch vermehrt, indem verwaltungsexterne, private Prüfer mit der Prüfungsdurchführung betraut wurden.

Die Folge ist, daß die Behörde in eine gewisse Abhängigkeit vom Wissen der prüfungsdurchführenden Prüfer gerät, deren Berichtsfeststellungen sie ohne Fähigkeit zur eigenen Überprüfung übernehmen muß. Nachdem die vom Prüfer ggf. festgestellten Verstöße gem. § 16 Abs. 1 Satz 3 MaBV in dem Vermerk des Prüfungsberichtes aufgeführt werden müssen, bleibt der Behörde nur noch die Entscheidungskompetenz, wie sie auf die einzelnen Verstöße reagiert. Stellt der Prüfer keine Verstöße fest, muß die Behörde zu dem Schluß kommen, daß das

Wohnungsunternehmen die Auftraggeberschutzbestimmungen eingehalten und sich dessen Zuverlässigkeit somit erwiesen hat. Der Handlungsspielraum und damit die Machtstellung der Behörde müssen daher als eingeschränkt betrachtet werden.

Vor diesem Hintergrund erhält die Prüfungsdurchführung durch die Prüfer ein entscheidendes Gewicht. Die hierbei auftretenden Probleme wurden oben bereits im 3. Teil dargestellt. Die Untersuchungsergebnisse aufgrund der Prüferbefragungen haben gezeigt, daß die Prüfer teilweise objektiv gegebene Verstöße gegen die Vorschriften der MaBV als solche nicht qualifizierten, festgestellte Verstöße bewußt "übersahen" oder zwar im Verlauf des Prüfungsberichtes erwähnten, nicht jedoch im abschließenden Vermerk. Auch die letztgenannte Darstellungsweise birgt die Gefahr in sich, daß eigentlich festgestellte Verstöße von der Behörde nicht erkannt werden, weil der Vermerk hierüber schweigt. Zwar orientierten sich die Prüfer nach ihren Aussagen am Auftraggeberschutzgedanken, ob sie Verstöße erwähnten, betrachteten also ihre Aufgabe unter dem Gesichtspunkt der Zweckerfüllung des Programms der MaBV, übersahen dabei jedoch, daß allein die Behörde über eine evtl. erfolgte Beeinträchtigung des Auftraggeberschutzes zu befinden hat. Auf die Ursachen des Prüferverhaltens - Mandantenabhängigkeit des Prüfers - wurde bereits oben im 3. Teil 3.3.1 hingewiesen. Die dort ebenfalls erwähnte Erziehungsfunktion des Prüfers stellt sich als eigenständige Durchsetzungsinitiative für die Verwirklichung des Auftraggeberschutzes dar (Anm. 390).

Die Beurteilungssituation der Behörde ist günstiger, wenn der Prüfer begründet, warum er in einem bestimmten Verhalten des Prüfungspflichtigen keinen Verstoß gesehen hat. Insoweit sei auf den Prüfungsbericht C des Prüfers XI verwiesen, in dem die Zulässigkeit vorweggenommener Verwaltungskosten und Gewinnentnahmen erläutert wurde. Auf Nachfrage der Behörde führte Prüfer XI in einem gesonderten Schreiben, unter Dar-

legung von Berechnungen aus, daß keine Verstöße angenommen werden konnten, worauf keine weitere Reaktion der Behörde erfolgte.

Erwähnt sei auch noch folgender Fall großer Unkenntnis einer Behörde über die Geeignetheit eines Prüfers, von dem Prüfer VIII berichtete. Ein Baubetreuer hatte beim zuständigen Landratsamt in Oberfranken/Bayern angefragt, ob er sich auch von einem Steuerberater prüfen lassen könne. Die Behörde bejahte dies, obwohl nur ein Wirtschaftsprüfer gem. § 16 Abs. 3 MaBV in Frage gekommen wäre, und beanstandete auch nicht den später abgegebenen, von einem Steuerberater gefertigten Prüfungsbericht. Dieses Verhalten verstößt gegen § 16 Abs. 3 MaBV, denn Baubetreuer sind gerade wegen des prüfungstechnischen Fachwissens von Wirtschaftsprüfern u.ä. zu prüfen. Dies läßt zumindest den Schluß zu, daß es dieser Behörde im Rahmen ihrer Überwachung nicht so sehr darauf ankam, welche Qualitäten der Prüfer hatte und welche Aussagekraft dem Bericht aufgrund der Prüfung beigelegt werden konnte.

Insgesamt betrachtet läßt sich für den Überwachungsbereich "Prüfung" deutlich ein "Vollzugsdefizit" feststellen, d.h., ein Auseinanderfallen von dem Ziel der Prüfung und erzielter Wirkung der Prüfung. Der Mangel im Prozeß der Implementation liegt hier in der Filterwirkung der eingeschalteten Prüfer begründet. Zwar sollte das Betrauen von externen, privaten Prüfern mit der Durchführung nach der Intention des Gesetz- und Verordnungsgebers gerade die Prüfung zu einem effektiven Überwachungsinstrument machen, doch dieser Vorzug ist zugleich sein Nachteil. Erhält die Behörde wegen der Filterwirkung der Prüfer keine oder nur mangelhafte Informationen über Verstöße der Gewerbetreibenden, trifft sie insoweit keine oder keine effiziente Entscheidung, so daß ihre Überwachungstätigkeit leerläuft oder ihr sogar einen Vollzugserfolg vorgaukelt. Die Konsequenz ist, daß damit der Erfolg

des Programms in Frage gestellt wird, wenn man, wie oben in Abschn. 1, Programm, Vollzug und Erfolgskontrolle in einem kybernetischen Kreislauf sieht (Anm. 391).

3.3 Die Sanktionierung

Die Untersuchung bezog sich auf die Sanktionsmaßnahmen, die die Abgabe der Prüfungsberichte sicherstellen sollten und mit denen Verstöße gegen die Verpflichtungen aus der MaBV geahndet wurden.

Folgende Sanktionsinstrumente stehen den Vollzugsbehörden zur Verfügung (vgl. oben 2.3.3):

- Verwaltungszwangsmittel zur Vollstreckung von Verwaltungsakten,
- Bußgeld zur Ahndung von Ordnungswidrigkeiten,
- Strafanzeigen zur Verfolgung von Straftaten,
- Rücknahme der Erlaubnis.

Aufgrund der Untersuchung hat sich ergeben, daß die drei befragten Behörden nur von dem Verwaltungszwangsmittel des Zwangsgeldes, der Verhängung von Bußgeldern und der Rücknahme der Erlaubnis Gebrauch machten.

3.3.1 Sanktionsmaßnahmen zur Sicherstellung der Abgabe des Prüfungsberichtes

Da die Vertreter der Kölner und der Hamburger Behörde sich mehr zur Sanktionierung von Verstößen gegen die Pflichten aus der MaBV äußern konnten, der Vertreter der Nürnberger Behörde aber auch hier detaillierte Angaben zu machen vermochte, beruht auf seinen Auskünften die Darstellung der Untersuchung in diesem Abschnitt.

Das Vorgehen der Nürnberger Behörde vor der Einleitung von Sanktionsmaßnahmen, die die Abgabe der Prüfungsberichte er-

zwingen sollen, wurde bereits oben im Abschnitt 3.2.1 dargestellt.

Wurde der Prüfungsbericht nach Aufforderung zur Abgabe und nach Durchführung des Anhörungsverfahrens nicht abgegeben bzw. wurde die Nichtabgabe nicht ausreichend entschuldigt, erließ die Nürnberger Behörde in maximal 30 Fällen pro Jahr jeweils einen Bußgeldbescheid in einer Höhe von DM 150,-- gem. § 18 Nr. 12 MaBV i.V.m. § 144 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 4 GewO (Anm. 392). Ging zwischenzeitlich der Bericht ein, wurde der erlassene Bußgeldbescheid der Höhe nach auf DM 100,-- ermäßigt.

Das weitere Verfahren bei Nichtabgabe des Prüfungsberichtes erfolgte unter Beachtung der drei gesetzlich vorgeschriebenen Schritte: Androhung, Festsetzung und Vollstreckung. Die Zuständigkeit folgt aus Art. 30 Abs. 1 Satz 1 BayVwZVG, wonach die Anordnungsbehörde ihre Verwaltungsakte innerhalb ihres Bereiches selbst vollstreckt. Im einzelnen wurde schriftlich ein Zwangsgeld in Höhe von DM 500,-- angedroht und eine Frist zur Abgabe des Prüfungsberichtes gesetzt (Art. 29 Abs. 1 und 2, Art. 31, Art. 36 BayVwZVG). Nach ergebnislosem Fristablauf wurde das Zwangsgeld fällig (Art. 31 Abs. 3 Satz 3 BayVwZVG). Erfolgte auch nach Beitreibung des Zwangsgeldes keine Berichtsabgabe, wurde ein zweites Zwangsgeld in Höhe von DM 1.000,-- angedroht und eine erneute Frist gesetzt. Nach ergebnislosem Fristablauf tritt wiederum Fälligkeit des Zwangsgeldes ein.

Die Zahl der Personen, gegen die ein erstes Zwangsgeld verhängt wurde, betrug pro Jahr 20-25; die Zahl der Personen, gegen die ein zweites Zwangsgeld verhängt wurde, belief sich auf 12-15 pro Jahr.

Einen zusammenfassenden Überblick ergibt die folgende Tabelle:

	Bußgeld	1. Zwangsgeld	2. Zwangsgeld
Anzahl pro Jahr	max. 30	20 bis 25	12 bis 15
Höhe in DM	100,-- bis 150,--	500,--	1.000,--

Abb. 4

Im Gegensatz zum Bußgeld ist das Zwangsgeld ein reines Beugemittel, das das Wohnungsunternehmen zur Abgabe des Prüfungsberichtes zwingen soll. Während das Bußgeld eine Straffunktion erfüllt und daher der Bußgeldtatbestand des Nachweises des rechtswidrig schuldhaften Verhaltens des Wohnungsunternehmens bedarf, setzen Androhung und Fristsetzung des Zwangsgeldes lediglich den Erlass eines die Prüfungsberichtsabgabe anordnenden Verwaltungsakts voraus. Die Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Verhängung eines Bußgeldes führen wohl auch dazu, wie die Tabelle ergibt, daß die Zahl der verhängten Bußgelder mit pro Jahr maximal 30 unter der der festgesetzten Zwangsgelder mit pro Jahr 32-40 blieb. Die Neigung der Behörde, eher vom Zwangsgeld als vom Bußgeld Gebrauch zu machen, kann zudem auch daher rühren, daß die Verhängung des Bußgeldes nur einmal wegen derselben Tat geschehen darf, die Festsetzung des Zwangsgeldes jedoch auch ein zweites Mal (und öfter) erfolgen darf, bis das Wohnungsunternehmen den Prüfungsbericht abgegeben hat (vgl. Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayVwZVG).

Die Höhe von DM 150,-- eines verhängten Bußgeldes läßt erkennen, daß der Bußgeldrahmen des § 144 Abs. 4 GewO, der bis zu DM 5.000,-- reicht, mit etwa 3 % nicht ausgeschöpft wird. Legt man den Grundsatz des § 17 Abs. 4 OWiG, nach dem die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen soll, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit hatte, der Beurteilung der Höhe dieser Geldbuße zugrunde, ist es fraglich, ob die verhängte Geldbuße betragsmäßig über dem wirtschaftlichen Vorteil der Nichtabgabe des Prüfungsberichts liegt. Denn bei dem Vergleich dürfen nicht nur die ersparten Prüfungskosten angesetzt werden, sondern es müssen auch die finanziellen Vorteile mit einbezogen werden, die das Wohnungsunternehmen aus der evtl. Nichteinhaltung insbesondere der Vorschriften über die termingerechte und objektbezogene Verwendung der Auftraggebervermögensmittel zog, was durch die nicht erfolgte Prüfung nicht festgestellt werden konnte.

Darüber hinaus läßt sich aus der oben beschriebenen Reduzierung des Bußgeldes von DM 150,-- auf DM 100,-- ableiten, daß es der Behörde weniger auf die Höhe des Bußgeldes ankommt als auf die Tatsache, daß ein Bußgeld verhängt wurde; ein Wohnungsunternehmen fürchtet wohl eher den Makel eines verhängten Bußgeldes als die damit verbundene finanzielle Beeinträchtigung. Diese Vorgehensweise läßt aber noch einen weiteren Aspekt vermuten. Geht nämlich der Prüfungsbericht zwischenzeitlich ein, wird das Wohnungsunternehmen in Form einer "Gutschrift" für seine unverzügliche Reaktion "belohnt". Die Reduzierung ist dabei rein rechtlich betrachtet weder geboten noch verboten, denn § 144 Abs. 4 GewO ist als "Kann-Vorschrift" eine Ermessensvorschrift für die ahnende Behörde.

Ein Vergleich der in der obigen Tabelle aufgeführten Höhen von Bußgeld und Zwangsgeld zeigt, daß der Zwangsgeldrahmen von DM 3,-- bis DM 10.000,-- des Art. 31 Abs. 2 BayVwZVG mit etwa 5 % beim ersten Zwangsgeld und etwa 10 % beim zweiten

Zwangsgeld eher ausgeschöpft wurde als der Bußgeldrahmen (3 %). Man kann wohl davon ausgehen, daß die unterschiedliche Handhabung darauf beruht, daß die Behörde ihre Aufgabe nicht in der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten sieht, sondern in der Durchsetzung ihres verbraucherschutzorientierten Auftrages.

Die rechtskräftigen Bußgeldentscheidungen waren nicht in das Gewerbezentralregister einzutragen, da sie den Betrag von DM 200,-- nicht überschritten (§ 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GewO).

Insgesamt ist festzustellen, daß die Verhängung von Bußgeld und Festsetzung von Zwangsgeld die Abgabe der Prüfungsberichte letztendlich sicherstellt, wobei das Bußgeld stärker durch Verhängung als solche wirkt als durch seine Höhe.

3.3.2 Die Sanktionierung von Verstößen gegen Pflichten aus der MaBV

Rechtsgrundlage für die Sanktionierung von Verstößen gegen die Pflichten aus der MaBV ist § 18 Nr. 1-11 und 13 MaBV i.V.m. § 144 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 GewO; als Ordnungswidrigkeiten werden dort Verstöße gegen einzelne Bestimmungen der MaBV aufgezählt (Anm. 393).

Die Untersuchung hat ergeben, daß alle drei befragten Behörden ihre Reaktionen an der Schwere der im Prüfungsbericht festgestellten Verstöße ausrichteten. So berichtete der Vertreter der Hamburger Behörde, daß in erster Linie eine Verständigung mit dem betroffenen Wohnungsunternehmen gesucht werde, allerdings nicht bei schwergewichtigen Verstößen, sondern nur dann, wenn der Auftraggeberschutz nicht beeinträchtigt wird.

Bei geringeren Verstößen (z.B. unvollständige Inseratensamm-

lung, § 13 MaBV; nicht rechtzeitige Erfüllung der Anzeigepflicht, § 9 MaBV etc.) belehrt die Nürnberger Behörde die jährlich etwa 20 betroffenen Wohnungsunternehmen schriftlich über ihre Pflichten nach der MaBV; ein Bußgeldbescheid wird nicht erlassen. Diese Wohnungsunternehmen befolgen die Belehrungen ausnahmslos.

Die Kölner Behörde verzichtet dann auf den Erlass eines Bußgeldbescheides, wenn der Prüfer im Prüfungsbericht vermerkt hat, daß das Wohnungsunternehmen die vorgefundenen Mißstände bereits geändert hat oder willens ist, sie zu ändern.

Die Behörden begründeten ihr Verhalten damit, daß sie ihre Beziehungen zu den Wohnungsunternehmen nicht beeinträchtigen wollten. Der Vertreter der Nürnberger Behörde vertrat dabei die Ansicht, daß durch die von seiner Behörde praktizierte Handhabung einem gewissen Widerstand der Wohnungsunternehmen gegenüber der Behörde die Spitze genommen werde. Denn das jeweilige Wohnungsunternehmen sehe die Behörde "nicht allein als strenge Ordnungsmacht, sondern als Institution an, in der auch Menschen handeln". Dies diene letztendlich auch der Erreichung des Zwecks der MaBV, wenn der Gewerbetreibende von sich aus bereitwillig auf die Einhaltung der Pflichten aus der MaBV achte.

Der Vertreter der Hamburger Behörde führte dazu aus:

"In der Regel wissen die Adressaten, daß ihre Verstöße mit Bußgeldern geahndet werden könnten, und sind bei freundlichem Entgegenkommen der Behörde immer geneigt, sofort ihren Pflichten nachzukommen."

Des weiteren wurde von dem Vertreter der Hamburger Behörde die Zusammenarbeit mit den Gewerbetreibenden um ihrer "Früchte" willen für begrüßenswert erachtet; Leitbild der Behörde ist in allen Fällen der Verbraucher- bzw. Auftraggeberschutz.

Das beschriebene Verhalten der Behörden verdeutlicht anschaulich ihre Orientierung an dem Erreichen des Zwecks dieses regulativen Programms (Anm. 394). Insofern ist die Aufgabenorientierung der Behörden nützlicher als die Regelerorientierung, die teilweise unzweckmäßig ist und u.U. durch strikte und ausschließliche Beachtung die Handlungsfähigkeit einer Behörde lähmen kann (Anm. 395). Die Aufgabenerfüllung mittels solcher informeller Beziehungen (Anm. 396) kann daher zur Erhaltung der Handlungsfähigkeit der Behörde beitragen, indem Verhandlungsstrategien gegenüber dem Wohnungsunternehmen angewandt werden und "etwas getan wird, was niemand offiziell verlangen kann" (Anm. 397). Andererseits muß festgestellt werden, daß die Aufgabenorientierung nicht dazu führt, daß die Behörden sich mit den Interessen der Wohnungsunternehmen uneingeschränkt identifizieren. Denn die Behörden reagieren auf "kleinere" Verstöße zwar mit Belehrungen, gleichbedeutend mit Ermahnungen, ahnden aber "größere" Verstöße mit dem Erlaß von Bußgeldbescheiden und setzen Verwaltungszwang ein.

Die nicht nur theoretische Möglichkeit der Ungleichbehandlung derjenigen Wohnungsunternehmen, die die Pflichten der MaBV verletzt haben, besteht dann, wenn die Behörde über die Gewichtigkeit eines Verstoßes entscheidet, um mit Belehrung oder Bußgeld zu reagieren. Die Bindung der Behörde an die Regeln rechtsstaatlicher Normen, z.B. Art. 3 Abs. 1 GG, beim Vollzug der MaBV und der GewO soll ihre Tätigkeit als Vollzugsinstrument für den Verbraucherschutz sichern und einer etwaigen Willkür oder Bevorzugung Einhalt gebieten. Wie die Untersuchung aber gezeigt hat, führt die Aufgabenorientierung der Behörden zum Erfolg des Programms, während die Regelerorientierung nicht denselben Effekt zeigen muß. Unter Umständen verdrängt die Regelerorientierung sogar die Orientierung am Erfolg (Anm. 398).

Eine stärkere Regelbindung läßt das Vorgehen der Nürnberger

Behörde bei der Ahndung "größerer" Verstöße erkennen. Diese Behörde erläßt bei solchen Verstößen (z.B. fehlende Inseratensammlung, § 13 MaBV; Nichterfüllung der Anzeigepflicht, § 9 MaBV; Nichtvorlage der Handelsregistrauszüge für die Befreiung nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 MaBV, Fehlen der Verzichtsurkunde i.S.d. § 7 Abs. 2 MaBV etc.) einen Bußgeldbescheid, dessen Höhe sich an den Folgen der Verstöße für den Verbraucherschutz orientiert; bis auf das Bußgeld für die Nichtvorlage des Prüfungsberichtes (s.o.) reicht die Höhe der Bußgelder bis zu DM 100,--. Gegebenenfalls kann sich hier das Verwaltungszwangsverfahren (s.o. 3.3.1) anschließen. Bußgelder wurden von der Nürnberger Behörde jedes Jahr in etwa 20 Fällen verhängt.

Nachdem dieses Vorgehen dem der Hamburger Behörde ähnelt, kann der Aussage des Vertreters der Kölner Behörde nur eingeschränkte Aussagekraft beigemessen werden. Er hatte davon berichtet, daß seine Behörde die Verhängung von Bußgeldern nicht allein in Aussicht stelle, sondern sofort scharf durchgreife (Anm. 399).

Es zeigte sich aber auch hier, daß die Nürnberger Behörde den ihr zur Verfügung stehenden Bußgeldrahmen bis DM 5.000,-- gem. § 144 Abs. 4 GewO nicht ausschöpft. Die Maximalhöhe von DM 100,-- bewegt sich mit 2 % von DM 5.000,-- an der unteren Grenze des Bußgeldrahmens. Wegen der hieraus zu ziehenden Schlüsse sei auf die Darstellung oben 3.3.1 verwiesen.

Die rechtskräftigen Bußgeldentscheidungen waren nicht in das Gewerbezentralregister einzutragen, da sie den Betrag von DM 200,-- nicht überschritten (§ 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GewO).

3.3.3 Die Rücknahme der Erlaubnis gem. § 53 Abs. 2 GewO

Rechtsgrundlage für die Rücknahme der Erlaubnis nach § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO für Bauträger und Baubetreuer ist gem. § 53 Abs. 2 Nr. 2 GewO, wonach die Erlaubnis durch die zuständige Behörde nur zurückgenommen bzw. widerrufen werden darf, wenn sich nachträglich ergibt, daß der Gewerbetreibende nicht die für die Erteilung der Erlaubnis erforderlichen Eigenschaften besitzt oder daß die räumliche oder technische Einrichtung des Gewerbebetriebes nicht mehr den Anforderungen genügt, von denen die Erteilung der Erlaubnis abhängig war.

Das Verhältnis dieser Vorschrift zu der Vorschrift der allgemeinen Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO regelt § 35 Abs. 8 Satz 1 GewO, wonach die Absätze 1-7 des § 35 GewO nicht anzuwenden sind, soweit für einzelne Gewerbe besondere Vorschriften über die Rücknahme der Erlaubnis bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen, hier also § 53 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 34c GewO. Raum für den Anwendungsbereich des § 35 GewO ist daher nur außerhalb des § 53 Abs. 2 Nr. 2 GewO geregelten Tatbestandes eröffnet, z.B. Betrieb des Gewerbes ohne die erforderliche Erlaubnis.

§ 53 Abs. 2 GewO regelt für die dort genannten Erlaubnisse nicht nur die Rücknahme (vergleichbar mit der bei rechtswidrigem Verwaltungsakt nach § 48 VwVfG), sondern auch den Widerruf (vergleichbar mit dem bei rechtmäßigem Verwaltungsakt nach § 49 VwVfG) (Anm. 400).

Die Regelung in § 53 Abs. 2 GewO ist abschließend für die dort genannten Erlaubnistatbestände, u.a. § 34c GewO, welches aus der Formulierung "nur" in Abs. 2 zu schließen ist. Gem. § 1 Abs. 2 Satz 1 VwVfG sind daher neben § 53 Abs. 2 GewO die Vorschriften der §§ 48 und 49 VwVfG nicht anwendbar, soweit die sachlichen Voraussetzungen von Rücknahme

bzw. Widerruf zum Tragen kommen. Anwendung finden aber die Jahresfrist gem. § 48 Abs. 4 VwVfG für die Rücknahme (i.V.m. § 49 Abs. 1 Satz 2 VwVfG für den Widerruf) ab Kenntnis der Behörde sowie das Recht der Behörde zur Rückforderung der Erlaubnisurkunde gem. § 52 VwVfG nach Unanfechtbarkeit von Widerruf bzw. Rücknahme (Anm. 401).

Da im Rahmen der Untersuchung nach dem Widerruf der Erlaubnis für Wohnungsunternehmen gefragt wurde, wenn die Wohnungsunternehmen zwar bei Erteilung der Erlaubnis als zuverlässig angesehen werden konnten, sich aber aufgrund der Feststellungen in den jeweiligen Prüfungsberichten ihre nachträglich eingetretene Unzuverlässigkeit herausstellte, soll hier der Auslegungsfrage nicht nachgegangen werden, ob die Rücknahme nach der Formulierung in § 53 Abs. 2 Nr. 2 HS 1 GewO auch zulässig ist, wenn bereits bei Erlaubniserteilung die Unzuverlässigkeit vorlag, die Erlaubnis aber gleichwohl erteilt wurde (Anm. 402).

Kriterium für den Widerruf der Erlaubnis eines Wohnungsunternehmens ist gem. § 53 Abs. 2 Nr. 2 HS 1 GewO, daß sich nachträglich ergibt, daß der Gewerbetreibende nicht die für die Erteilung der Erlaubnis erforderlichen Eigenschaften besitzt. Die erforderlichen Eigenschaften bestimmen sich nach dem Inhalt des § 34c GewO, der voraussetzt, daß der Antragsteller oder sein Betriebsleiter die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt und der Antragsteller in geordneten Vermögensverhältnissen lebt (Anm. 403). Die sich nachträglich ergebende Unzuverlässigkeit gelangt insbesondere durch die eingereichten Prüfungsberichte zur Kenntnis der Behörde, während von den ungeordneten Vermögensverhältnissen die Behörde nur durch entsprechende Einsichtnahme in die Verzeichnisse des Konkurs- bzw. Vollstreckungsgerichts (§ 107 Abs. 2 KO, § 915 ZPO) erfährt.

Die Untersuchung hat ergeben, daß die befragten Behörden von

dem Widerruf der Erlaubnis nach § 53 Abs. 2 Nr. 2 GewO bisher äußerst selten Gebrauch gemacht haben. Nur die Nürnberger Behörde entzog die Erlaubnis in drei Fällen seit Bestehen der Prüfungspflicht nach § 16 MaBV bis zum Untersuchungszeitpunkt, also von 1976 bis zum Frühjahr 1981. Der Grund hierfür muß wohl darin gesehen werden, daß für die Behörde nach ihrem oben beschriebenen Aufgabenverständnis der Entzug der Erlaubnis die "ultima ratio" war. Es muß sich hierbei also um besonders krasse oder wiederholte Fälle gehandelt haben.

Vor der Entziehung der Erlaubnis sollen die für den Sitz der Hauptniederlassung zuständige Industrie- und Handelskammer sowie die für den Sitz von Zweigniederlassungen für die Ausführung des § 34c GewO zuständigen Gewerbebehörden gehört werden gem. Ziff. 2.4.2.2a VwV § 34c GewO. Diese Stellen sind von der Rücknahme zu unterrichten, ferner die für die Entgegennahme der Anzeigen nach § 14 GewO über die Aufgabe des Betriebes und der Zweigniederlassungen zuständigen Behörden. Die nicht mehr anfechtbare Entscheidung des Widerrufs einer Erlaubnis ist nach §§ 149 Abs. 2 Nr. 1 lit. a, 153a GewO dem Gewerbezentralregister mitzuteilen. Wird das Gewerbe trotz entzogener Erlaubnis weiter betrieben, kann diese Betriebsausübung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO unterbunden werden.

Im Hinblick auf die Folgen eines Widerrufs für die zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte des Wohnungsunternehmens, z.B. Bauträger- bzw. Baubetreuerverträge mit den Auftraggebern, Verträge mit Subunternehmern und Bauhandwerkern etc., muß dem Gewerbetreibenden nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Abwicklung seiner Tätigkeit gestattet sein (Anm. 404). Insbesondere erfordert dies der Schutz der Auftraggeber, die andernfalls eine Bauruine anstelle des fertiggestellten Bauvorhabens ihr eigen nennen müßten.

Schluß

Der Schwerpunkt der Untersuchung lag bei der Frage nach der Vollzugseffizienz der gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen für Wohnungsunternehmen, wobei die Kernprobleme bei der Feststellung des prüfungspflichtigen Personenkreises, der Durchführung der Prüfung durch externe, private Prüfer und bei der Auswertung der Prüfungsberichte und der Reaktionen der Behörde lagen. Das Erfordernis und die Bedeutung der Prüfung nach § 16 MaBV ist vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der MaBV zu sehen. Der Erlaß der MaBV war die gesetzgeberische Reaktion auf die seit dem Ende der 60iger Jahre aufgetretenen Mißstände auf dem Bau- und Grundstücksmarkt, durch die viele Bauwillige erhebliche Vermögensschäden erlitten (insbesondere durch das Schneeballsystem). Der Gesetzgeber reagierte 1974 auf diese Entwicklung mit einer Ausweitung der gewerberechtlichen Erlaubnispflicht für Wohnungsunternehmen und 1975 mit der Einführung einer besonderen gewerberechtlichen Prüfungspflicht. Die Wohnungsunternehmen hatten sich demgemäß jährlich auf die Einhaltung der in der MaBV niedergelegten Pflichten durch geeignete Prüfer (z.B. Wirtschaftsprüfer) prüfen zu lassen und den Prüfungsbericht der zuständigen Behörde einzureichen. Von besonderer Bedeutung ist dabei, daß die MaBV mit ihren vielfältigen Einzelbestimmungen über ihre eigentliche Funktion als gewerberechtliche Ausführungsverordnung hinausgehend äußerst detaillierte Regelungen gerade auch auf zivilrechtlichem Gebiet trifft. Im Hinblick auf den Auftraggeberschutz wurde der Prüfung als gewerbebehördliches Überwachungsinstrument besondere Beachtung geschenkt. Zweck der vorliegenden Arbeit war es daher, Vollzugsprobleme durch eine Befragung von mit der Prüfung befaßten Experten sowie von Vertretern der zuständigen Behörden aufzuspüren.

1

Was den prüfungspflichtigen Personenkreis anbelangt, konnten als Versuche der Gewerbetreibenden, der Prüfungspflicht zu

entgehen, die vorherige Obereignung des Baugrundstückes auf den Auftraggeber, der sog. Konzerntatbestand und beim Bauherrenmodell die Frage der Bauherreneigenschaft des Auftraggebers und die gewerberechtliche Einordnung von Betreuer und Treuhänder herausgefunden werden. Für die Frage der Erlaubnispflicht kommt es nicht auf eine Berufsbezeichnung des Wohnungsunternehmens an, sondern auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit. Die Problematik, ob der Gewerbetreibende im Falle der Vorabüberweisung, des Konzerntatbestandes oder als Betreuer im Rahmen eines Bauherrenmodells bzw. als General(bau)unternehmer oder Generalübernehmer als erlaubnispflichtiger Bauträger zu qualifizieren ist, läßt sich nicht allein durch die Feststellung lösen, wer Eigentümer des Baugrundstückes ist, sondern ausschlaggebende Bedeutung kommt dem Ausmaß der Bauherrschaft zu. Die Herrschaft über das Bauge-schehen erlangt der Gewerbetreibende, wenn er oder durch seine Vermittlung ein Dritter das Baugrundstück auf den Auftraggeber unter der Voraussetzung übereignet hat, daß der Auftraggeber auch den Kaufvertrag mit dem Gewerbetreibenden abschließt, der Auftraggeber aber nicht den Bauvertrag lösen kann, ohne gleichzeitig das Grundstück zu verlieren. Außerdem muß der Gewerbetreibende bestimmenden Einfluß auf Planung und Gestaltung sowie auf den Ablauf des Bauvorhabens haben. Der somit als Bauträger einzustufende Gewerbetreibende hat die Sicherungspflichten nach § 3 MaBV zu beachten.

Ist bei einem Bauherrenmodell kein Treuhänder eingesetzt, sondern allein ein Betreuer, der den gesamten Zahlungsverkehr abwickelt, so besteht insbesondere die Gefahr der doppelten Inanspruchnahme des Bauherren/Auftraggebers. Aus Gründen des Auftraggeberschutzes ist es daher gerechtfertigt, den Betreuer der gewerberechtlichen Erlaubnispflicht und damit auch der Prüfungspflicht zu unterwerfen. Soweit der Aufgabenbereich des Betreuers aufgespalten wird und für einen Teilbereich zusätzlich ein Treuhänder eingeschaltet wird, beurteilt sich die Erlaubnis- und Prüfungspflicht die-

ser beiden Funktionsträger nach der Verteilung der Aufgabengebiete. Danach kann entweder der Betreuer oder der Treuhänder oder auch beide gemeinsam erlaubnispflichtig sein. Besonderes Gewicht kommt hierbei der Tatsache zu, daß der Treuhänder nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich unabhängig vom Betreuer ist. Grundsätzlich sind Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in der Funktion als Treuhänder nicht von der Erlaubnis- und Prüfungspflicht ausgenommen, obwohl ihre Berufsausübung keine gewerbliche Betätigung darstellt. Entscheidend ist, ob ihre Tätigkeit als Treuhänder noch ihrem typischen Berufsbild zuzurechnen ist. Aufgrund ihres Berufsrechtes sind sie nicht automatisch von der gewerberechtlichen Erlaubnispflicht befreit.

1.2

Der Inhalt der Prüfung ist in der Blickrichtung auf ihre Funktion als Überwachungsinstrument zu sehen. Die Überwachung spaltet sich auf in zwei Bereiche, nämlich in die Durchführung der Prüfung durch externe, private Prüfer sowie in die Auswertung der eingereichten Prüfungsberichte und die ggf. erforderliche Verhängung von Sanktionen durch die zuständige Behörde. Die eigentliche Prüfung ist ein Vergleich des kodifizierten Soll-Zustandes mit dem Ist-Zustand, den der Prüfer bei dem Wohnungsunternehmen vorfindet. Als Prüfungsmethode ist die Stichprobenprüfung der Geschäftsvorfälle eines Wohnungsunternehmens anerkannt, wenn auch eine lückenlose Überprüfung im Interesse des Auftraggeberschutzes wünschenswerter erscheint, die aber wegen des hohen Arbeits- und Kostenaufwandes nicht möglich ist. Der Prüfer muß daher im Falle der stichprobenweisen Prüfung von der Ordnungsmäßigkeit des geprüften Geschäftsvorfalles auf die der übrigen Geschäftsvorfälle schließen können; vermag er dies nicht, ist die Prüfungstätigkeit zu intensivieren. Als besondere Schwierigkeit im Rahmen der Prüfung hat sich die Feststellung der objektbezogenen Mittelverwendung gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV herausgestellt. Nach dieser Vorschrift ist das Wohnungsunternehmen verpflichtet, die von dem Auftraggeber

erhaltenen Vermögenswerte nur für sein Bauvorhaben zu verwenden, womit das sog. Schneeballsystem verhindert werden soll. Die praktische Schwierigkeit zeigt sich darin, daß jeder Zahlungsfluß einem bestimmten Bauvorhaben zugeordnet werden muß, die Bauträger jedoch von der Verpflichtung freigestellt sind, für jedes Bauvorhaben ein Bausonderkonto einzurichten. Dies erfordert demnach eine exakte Buchführung des Bauträgers und eine auf das einzelne Bauvorhaben abgestellte Vertragsgestaltung mit den Bauhandwerkern. In jedem Falle ist die Einrichtung eines Sonderkontos auf freiwilliger Basis anzuraten. Wegen der späten Prüfungsdurchführung besteht für den Prüfer eine sog. Redepflicht für eventuell vorgekommene Verstöße im laufenden Geschäftsjahr. Trotz der praktischen Schwierigkeiten dieser Vorschrift kann auf sie nicht verzichtet werden, da sie zusammen mit § 3 MaBV den Auftraggeberschutz entscheidend erhöht und zusätzlich als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu betrachten ist.

Prüfungsfeststellungen der befragten Prüfer bezogen sich auf echte Rechtsverstöße und auf Umgehungsversuche als Grauzone. Als Rechtsverstoß mußte die Nichteinhaltung der einzelnen Baufortschrittstermine des § 3 Abs. 2 MaBV angesehen werden, deren Begriffe sich aber unter Heranziehung einschlägiger DIN-Normen und des Bauordnungsrechtes definieren lassen. Nachdem die vom Auftraggeber geleisteten Vermögenswerte auch Verwaltungskosten und Gewinnanteile des Wohnungsunternehmens beinhalten, in jedem Falle aber das Verwendungsgebot des § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV zu beachten ist, dürfen Gewinnanteile erst nach vollständiger Fertigstellung und Verwaltungskostenanteile nur unter Berücksichtigung der II. Berechnungsverordnung als Vergleichsmaßstab abgezogen werden. Ein aus eigenen Beständen stammendes Baugrundstück kann der Bauträger mit dem Verkehrswert zum Zeitpunkt des Bauvertragsabschlusses ansetzen. Anwendung findet die MaBV auch noch bei einem Vertragsabschluß nach Baubeginn, allerdings nur bis zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauvorhabens. Die Begriffe des

Erhaltens bzw. Verwendens der Vermögenswerte sind im Interesse des Auftraggeberschutzes weit auszulegen, so daß hiervon alle Fälle erfaßt werden, in denen das Wohnungsunternehmen allein über die Vermögenswerte des Auftraggebers zur Durchführung dessen Bauvorhabens verfügen darf. Die Problematik des sog. steckengebliebenen Baus läßt sich mit rechtlichen Mitteln nicht zufriedenstellend lösen, da dieser Vorgang rein tatsächlicher Natur ist; durch eine entsprechende vertragliche Konstruktion auch zusammen mit der finanzierenden Bank lassen sich Vermögensrisiken des Auftraggebers weitgehend vermeiden.

1.3

Die Überwachstätigkeit der zuständigen Behörde bezieht sich zum einen auf die Sicherstellung des Eingangs der Prüfungsberichte und zum anderen auf die Auswertung dieser Berichte. Nachdem in der MaBV nicht vorgeschrieben ist, bis zu welchem Zeitpunkt der Prüfungsbericht einzureichen ist, versuchte z.B. die zuständige Behörde in Nürnberg durch eine Mitteilung in der Tageszeitung auf den Ablauf der Prüfungszeit aufmerksam zu machen, so daß trotz Fehlens einer gesetzlichen Bestimmung das Ziel der Überwachung mit gutem Erfolg erreicht werden konnte. Im übrigen bedurfte die Behörde jedoch des Einsatzes von Verwaltungszwangsmitteln, um sämtliche Prüfungsberichte zu erhalten. Demgegenüber zeigt die Auswertung der Prüfungsberichte die Grenzen der Vollzugsaktivitäten der Behörden auf, denn insbesondere hierbei werden die Auswirkungen der Aufteilung in prüfungstechnischen Fachverstand bei den Wirtschaftsprüfern und in administrativen Fachverstand bei den Behörden offenbar. Grundsätzlich verbleibt der Behörde nur noch die Entscheidungskompetenz, wie sie auf festgestellte Verstöße reagiert. Die Behörde ist daher von der Einschätzung des Prüfers abhängig, ob und inwieweit ein Verstoß gegen die MaBV vorliegt. Für den Überwachungsbereich "Prüfung" läßt sich daher ein deutliches Vollzugsdefizit der gewerberechtlichen Prüfungsbestimmungen feststellen.

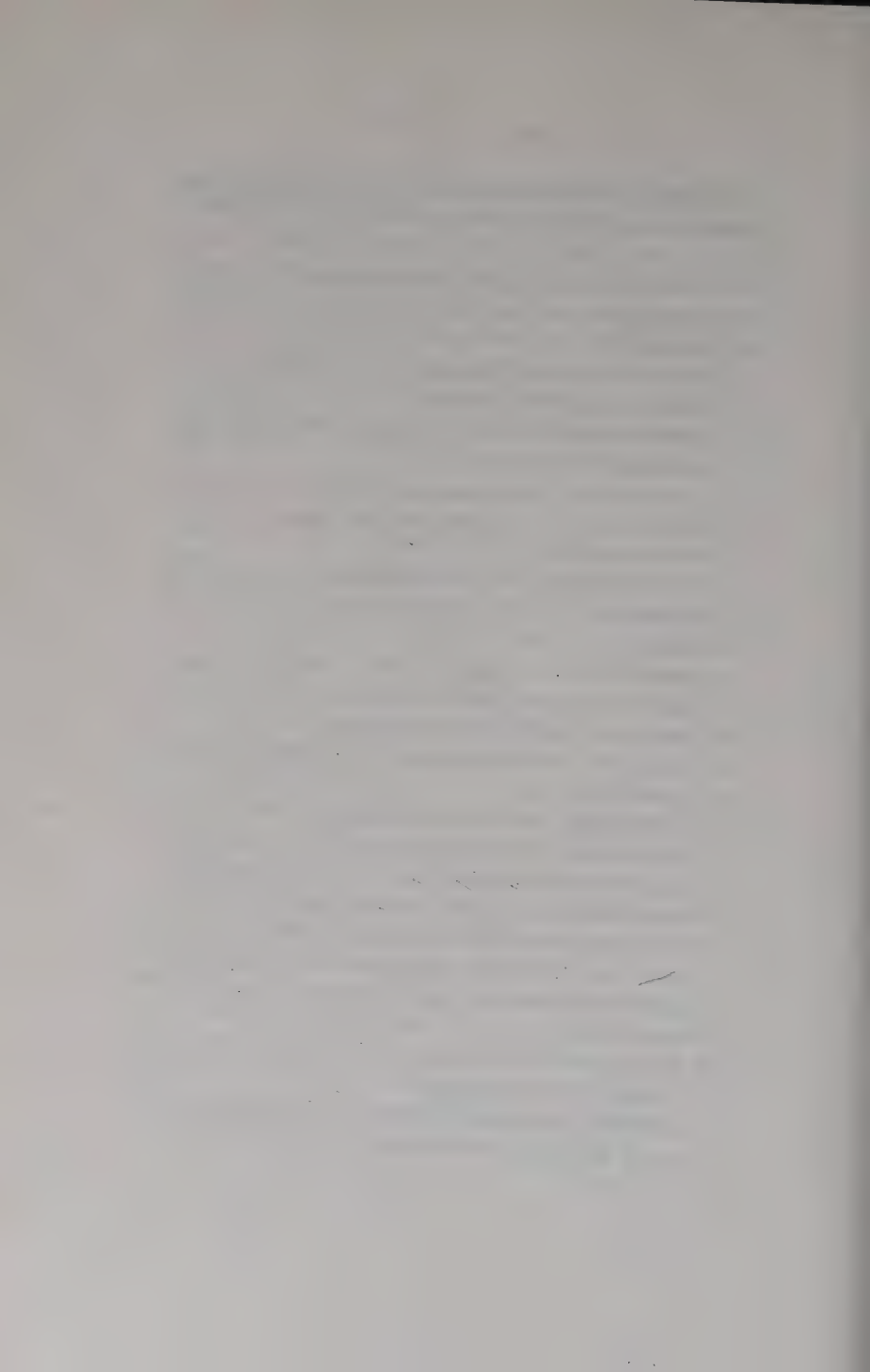
Die Sanktionierung im Falle der Nichtabgabe des Prüfungsberichtes bzw. im Falle festgestellter Verstöße läßt ein abgestuftes Handeln der Behörde erkennen, wobei ebenfalls eine größere Aufgabenorientierung als eine Regelerorientierung festzustellen war. Besonders bei den den Auftraggeberschutz weniger tangierenden Verstößen waren die Behörden geneigt, nur eine Mahnung an das Wohnungsunternehmen auszusprechen. Vor diesem Hintergrund ist auch zu sehen, daß der Zwangsgeld- bzw. Bußgeldrahmen von der Behörde nicht ausgeschöpft wurde. Eine Rücknahme der gewerberechtlichen Erlaubnis erfolgte selten.

- 2 Sowohl bei der Prüfungsdurchführung als auch bei der behördlichen Überwachungstätigkeit konnte ein Vollzugsdefizit festgestellt werden. Die Ursachen hierfür liegen zunächst in der mangelnden Eignung des gesetzlichen Instrumentariums, das zwar eine Fülle von Einzelheiten regelt, aber gerade deswegen Umgehungen Vorschub leistet und eine gewisse Grauzone schafft. Eine weitere Ursache liegt bei der Überwachung und Sanktionierung in den Verhaltensmustern von Prüfern und Behörden begründet. Für die Prüfung werden keine Beamte eingesetzt, sondern externe, private Prüfer, die in einem Mandatsverhältnis zu den Wohnungsunternehmen stehen. Bei der Stichprobenprüfung bleibt es dem Programmverständnis des einzelnen Prüfers überlassen, inwieweit er dem Verbraucherschutzgedanken zur Wirkung verhilft. Ein überzeugender Vollzug durch die Behörden ist wegen Informationsmängeln und unzureichender Sachkenntnis nicht sichergestellt. Eine Sanktionierung von festgestellten Verstößen ist oftmals wegen Nachweisschwierigkeiten nicht möglich. Schließlich ist den Kooperationsbeziehungen zwischen Gewerbetreibenden und Prüfern sowie zwischen Gewerbetreibenden und Behörden eine nicht zu vernachlässigende Bedeutung beizumessen.

3

Als Vorschläge für Änderungen des § 34c GewO und der MaBV bieten sich daher an:

- Einbeziehung der General(bau)unternehmer und Generalübernehmer in den Anwendungsbereich des § 34c GewO und der MaBV,
- Berücksichtigung der Gewinnentnahme und Verwaltungskosten in den §§ 3 und 4 MaBV,
- Wiedereinführung der Verpflichtung für Bauträger, Sonderkonten einzurichten,
- Verpflichtung der Wohnungsunternehmen, das Steckenbleiben eines Bauvorhabens dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen,
- Verpflichtung der Wohnungsunternehmen, den Prüfer für mindestens 3 Prüfungszeiträume zu bestellen (§ 16 MaBV),
- Verpflichtung des Prüfers, auch im laufenden Kalenderjahr festgestellte Verstöße der Wohnungsunternehmen in den Vermerk aufzunehmen (§ 16 MaBV),
- Bestimmung eines Abgabetermins für den Prüfungsbericht (§ 16 MaBV),
- Verpflichtung der Wohnungsunternehmen, sich auch im Falle nicht einschlägiger Betätigung in einem Kalenderjahr prüfen zu lassen und in den Prüfungsbericht einen entsprechenden Negativ-Vermerk aufzunehmen,
- Verstärkung der Belehrungspflichten des Notars im Hinblick darauf, daß bei entsprechender Vertragsgestaltung die gewerberechtlichen Schutzvorschriften nicht eingreifen,
- Informations- und Schulungsveranstaltungen für das zuständige Behördenpersonal,
- Schaffung von Prüfungsverbänden mit Pflichtmitgliedschaft der Wohnungsunternehmen.



Anmerkungen

- Anm. 1** BGBl 1972 I, S. 1465; In Art. 2 des Gesetzes zur Änderung der GewO vom 16.8.1972 (BGBl 1972 I, S. 1465) wurde eine Übergangsregelung für diejenigen Unternehmer geschaffen, die das Gewerbe bei Inkrafttreten dieses Paragraphen befugt ausüben. Der zuständigen Behörde war innerhalb von 6 Monaten der Betrieb anzuzeigen, ansonsten erlöscht die Erlaubnis.
- Anm. 2** BGBl 1975 I, S. 1351; 1979 I, S. 1986; 1983 I, S. 377;
- Anm. 3** Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 3;
- Anm. 4** Die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit war in Rechtsprechung und Literatur umstritten; vgl. z.B. bejahend: OLG Stuttgart, NJW 1970, 566; OLG Hamm, BB 1971, 323; LG Bonn, NJW 1971, 758; Klingsporn, DB 1971, 369; Wacke, JZ 1971, 648; Winkler, NJW 1971, 401 u. 1166; verneinend: Grunsky, JuS 1971, 177; Löwe, NJW 1971, 729 u. JZ 1972, 157; streitig war die Frage, ob mit der Erwerbsverpflichtung eine zumindest stillschweigende Veräußerungspflicht besteht;
- Anm. 5** Urteil vom 22.12.1971, BB 1972, 199;
- Anm. 6** BGBl 1973 I, S. 501;
- Anm. 7** Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 3;
- Anm. 8** vgl. BT-Dr VI/2588 und VI/2327;
- Anm. 9** S. 1 der Begründung der BR-Dr 786/73; S. 1 und 2 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 10** vgl. Brandt, BauR 1976, 21, 28; Schmidt, BB 1975, 203, 206;
- Anm. 11** S. 17 f. der Begründung der BR-Dr 786/73;
- Anm. 12** Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 7, 8; Kanzleitner, DNotZ 1974, 542;
- Anm. 13** zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 12 MaBV s.u. 3. Teil 5;
- Anm. 14** NJW 1977, 617; s.a. die ablehnende, zutreffende Replik von Halbe, NJW 1977, 1437;
- Anm. 15** Der Gewerbetreibende soll nach Auffassung von Hepp lediglich ordnungswidrig handeln, wenn er gegen Vorschriften der MaBV verstößt.
- Anm. 16** Schmidt-Bleibtreu/Klein, a.a.O., Art. 2 Rdz 6; Halbe,

NJW 1977, 1437, mit ablehnender Replik zu Hepp, NJW 1977, 617, der eine Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit unter Hinweis auf den unteren Rang der MaBV bejaht;

- Anm. 17 Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 7;
- Anm. 18 Lach, GewA 1976, 77;
- Anm. 19 AGBG vom 9.12.1976, BGBI 1976 I, S. 3317;
- Anm. 20 FernUSG vom 24.8.1976, BGBI 1976 I, S. 2525;
- Anm. 21 Brych, FWW 1973, 401; Hillermeier, BB 1976, 725, 727; Lach, GewA 1976, 77, 79; Schmidt, BB 1975, 203; Speiser, ZfBR 1979, 6, 10; Braun, BB 1979, 1432;
- Anm. 22 BR-Dr 179/75, Beschluß vom 24.5.1975, S. 8;
- Anm. 23 Die Wesenseigenschaft umfaßt den Willen und die Fähigkeit, eine einwandfreie Führung des Gewerbetriebes im Sinne des öffentlichen Interesses zu gewährleisten.
- Anm. 24 Badura, a.a.O., S. 149 f.;
- Anm. 25 Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 38;
- Anm. 26 Urteile vom 13.1.1975, MDR 1975, 569; vom 6.11.1975, NJW 1976, 143; vom 4.12.1975, NJW 1976, 515;
- Anm. 27 Gläser, NJW 1975, 1006; Palandt/Thomas, a.a.O., § 675 Anm. 6b; Soergel/Siebert/Mühl, a.a.O., § 675 Rdz 56;
- Anm. 28 Brambring, NJW 1978, 777;
- Anm. 29 Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 29; ders., NJW 1974, 1973; vgl. auch Kellmann, NJW 1980, 401;
- Anm. 30 s.u. 2. Teil 2.1;
- Anm. 31 Palandt/Thomas, a.a.O., § 675 Anm. 6a m.w.N.;
- Anm. 32 Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 43; Hofbauer, a.a.O., § 34c GewO Rdz 52; Ziffer 1.1.3.3 Abs. 2 VwV § 34c GewO; Fröhler/Kormann, a.a.O., § 34c GewO Rdz 1;
- Anm. 33 Marcks, a.a.O., § 1 MaBV Rdz 1, § 16 MaBV Rdz 4; VG Gelsenkirchen vom 8.5.1981, GewA 1981, 371; Fröhler/Kormann, a.a.O., § 34c GewO Rdz 1;
- Anm. 34 vgl. Speiser, ZfBR 1979, 6;
- Anm. 35 vgl. Speiser, ZfBR 1979, 6;
- Anm. 36 Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 40; Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 363, 364; Hofbauer, a.a.O., § 34c GewO Rdz 23 ff.; Fröhler/Kormann, a.a.O., § 34c GewO Rdz 9;

- BGH vom 26.1.1978, NJW 1978, 1054;
- Anm. 37 NJW 1978, 1054;
- Anm. 38 NJW 1978, 1054;
- Anm. 39 BT-Dr 6/2588;
- Anm. 40 BT-Dr 6/3535;
- Anm. 41 Brych, NJW 1974, 1973; Locher, a.a.O., Rdz 345 ff.; Palandt/Thomas, a.a.O., § 675 Anm. 3c m.w.N.;
- Anm. 42 vgl. S. 5 der Begründung der BR-Dr 786/73;
- Anm. 43 Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 37a;
- Anm. 44 dargestellt von Marcks, GewA 1978, 119;
- Anm. 45 Ziff. 1.1.3.1 Abs. 6 VwV § 34c GewO;
- Anm. 46 NJW 1978, 1054;
- Anm. 47 Marcks, GewA 1978, 161; ders., a.a.O., § 34c GewO Rdz 37a Nr. 5; Hofbauer, a.a.O., § 34c GewO Rdz 27, 28; Speiser, ZfBR 1979, 6, 7;
- Anm. 48 NJW 1977, 638;
- Anm. 49 NJW 1978, 1054; an diese Grundsätze knüpfte der BGH in seiner Entscheidung vom 20.11.1980, NJW 1981, 757, an; ebenso BayObLG vom 10.4.1979, BB 1979, 1467;
- Anm. 50 BStBl 1972 I, S. 486; DB 1972, 1749;
- Anm. 51 BT-DR 6/2327; BT-Dr 6/2588; BT-Dr 6/3535;
- Anm. 52 gl. A. Marcks, GewA 1978, 161; ders., a.a.O., § 34c GewO Rdz 37a Nr. 5; Hofbauer, a.a.O., § 34c GewO Rdz 29, 36 ff.; Speiser, ZfBR 1979, 6, 7; Fröhler/Kormann, a.a.O., § 34c GewO Rdz 9; Küffner/Hilkinge, Inf 1982, 448, 450;
- Anm. 53 BB 1979, 1432, 1433;
- Anm. 54 BGH vom 30.4.1976, NJW 1976, 1931; BGH vom 6.12.1979, NJW 1980, 829; BGH vom 6.11.1980, NJW 1981, 274; Münchner Kommentar/Kanzleiter, a.a.O., § 313 Rdz 35; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 313 Anm. 8c; vgl. Klaas, BauR 1981, 35, 37;
- Anm. 55 BGH vom 6.12.1979, NJW 1980, 829; BGH vom 6.11.1980, NJW 1981, 274; kritisch hierzu Reinelt, BB 1981, 706, 707;
- Anm. 56 BGH vom 6.12.1979, NJW 1980, 829;
- Anm. 57 Die Vorabüberweisung des Grundstücks durch den Gewerbetreibenden auf den Auftraggeber war zwar bereits im Rahmen der

Änderung der Verordnung vom 20.6.1974 durch die Änderungsverordnung vom 13.5.1975 als Umgehungsmöglichkeit erkannt worden, man hoffte jedoch, daß sie durch die Einführung des § 3 MaBV verhindert werden könnte; vgl. hierzu Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 5;

Anm. 58 Marcks, GewA 1978, 119, 121; die dort abgedruckte Fassung lautete:

"(4) Der Gewerbetreibende darf in den Fällen des § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchstabe a der Gewerbeordnung, sofern er ein Bauvorhaben auf einem Grundstück vorbereiten oder durchführen soll, dessen Eigentümer der Auftraggeber ist oder an dem diesem ein Erbbaurecht bestellt oder übertragen worden ist, Vermögenswerte des Auftraggebers zur Ausführung des Auftrages nur entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen

1. in Höhe von 10 vom Hundert der Vertragssumme nach Vertragsabschluß und nach Beginn der Erdarbeiten,

2. von dem restlichen Teil der Vertragssumme nach Maßgabe des Zahlungsplanes in Absatz 2 Nr. 2.

Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und 4 gilt entsprechend; Nr. 3 sowie Satz 2 bis 5 gelten mit der Maßgabe, daß die Freistellung des Grundstücks von allen Grundpfandrechten, die nicht übernommen werden sollen, gesichert ist, und zwar auch für den Fall, daß das Bauvorhaben nicht vollendet wird."

Anm. 59 NJW 1978, 1054;

Anm. 60 Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 5;

Anm. 61 NJW 1978, 1054;

Anm. 62 S. 16 u. 17 der Begründung der BR-Dr 179/75;

Anm. 63 Marcks, a.a.O., § 2 MaBV Rdz 5; a.a.O., § 3 MaBV Rdz 5; vgl. Speiser, ZfBR 1979, 6, 9; Runderlaß des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 15.8.1977, GewA 1977, 370, 371;

Anm. 64 Speiser, ZfBR 1979, 6, 9;

Anm. 65 vgl. auch Hofbauer, a.a.O., Einführung Rdz 31 ff.; Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 132;

- Anm. 66** a.a.O., § 3 MaBV Rdz 5;
- Anm. 67** S. 10 u. 11 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 68** NJW 1978, 1054;
- Anm. 69** vgl. hierzu BFH vom 22.4.1980, BB 1980, 1137; Bauherrenenerlaß der Finanzverwaltung vom 2.10.1978, DB 1978, 2047 ff. und vom 13.8.1981, BStBl 1981 I, S. 604 ff.; aus der Vielzahl der Literatur: v. Heymann, Beilage 12 zu BB 1980; Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 122 ff.; Maser, NJW 1980, 961 ff.; Wollny, Beilage 1 zu BB 1982;
- Anm. 70** Urteile vom 21.12.1981, DB 1982, 1602, und vom 23.6.1982, DB 1982, 2443;
- Anm. 71** Brych, BB 1983, 737 ff.; Deschler, DB 1983, 2491 ff., 2543 ff.; Beck/Dornfeld/Munkert, Beilage 27 zu DB 1983; Quast, DB 1983, 1516 ff., 2548 ff.; Steuer und Kapital, Nr. 3/1983;
- Anm. 72** Wollny, Beilage 1 zu BB 1982, S. 4;
- Anm. 73** früher § 11c Abs. 3 EStDV;
- Anm. 74** Die Definition wird für die Regelungen des § 7b EStG benötigt.
- Anm. 75** vgl. das grundlegende Urteil zum Bauherrenmodell, BFH vom 22.4.1980, DB 1980, 1137; hierzu Hein, StB 1980, 225;
- Anm. 76** BStBl 1981 I, S. 604 ff.; vgl. hierzu Weber/Lauer, Inf 1982, 7, und Stuhmann, BB 1981, 1703;
- Anm. 77** s. Anm. 75;
- Anm. 78** Schreiben an die Finanzminister bzw. -senatoren, Geschäftszeichen: IV B 1 - S 2253 - 89/80, unveröffentlicht;
- Anm. 79** BStBl 1981 I, S. 604 ff.; vgl. Stuhmann, BB 1981, 1703; Weber/Lauer, Inf 1982, 7; Görlich, BB 1981, 1451; Wollny, Beilage 1 zu BB 1982, S. 5; früherer Bauherrenenerlaß, OFD Hannover, DB 1978, 2047 ff.; hierzu v. Heymann, Beilage 12 zu BB 1980, S. 5; s. auch die Vorabstellungnahme von Fleischmann, Beilage 9 zu DB 1981, S. 3 ff.;
- Anm. 80** Marcks, GewA 1978, 119;
- Anm. 81** Marcks, GewA 1978, 119, 121;
- Anm. 82** NJW 1978, 1054;
- Anm. 83** WM 1976, 848; vgl. auch BGH vom 6.11.1980, BB 1981, 82 f.;

- Anm. 84 so auch schon BGH vom 19.3.1971, MDR 1971, 468;
- Anm. 85 BGH vom 30.4.1976, WM 1976, 848, 849;
- Anm. 86 Beilage 12 zu BB 1980, S. 4;
- Anm. 87 Beilage 12 zu BB 1980, S. 4, Fußnote 40;
- Anm. 88 WM 1976, 848;
- Anm. 89 NJW 1980, 961, 964, 965;
- Anm. 90 NJW 1978, 1054;
- Anm. 91 in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 132;
- Anm. 92 Den Begriff prägte Elze, a.a.O., S. 3 ff.; vgl. auch Palandt/Heinrichs, a.a.O., Einleitung vor § 1 Anm. VI 4 b aa; Soergel/Siebert/Hefermehl, a.a.O., Anhang zu § 133 Rdz 12; Achterberg, a.a.O., § 16 Rdz 46; Canaris, a.a.O., S. 16, 31 ff.; Engisch, a.a.O., S. 141; Larenz, a.a.O., S. 357 f.; BGH vom 5.2.1981, NJW 1981, 1726;
- Anm. 93 Larenz, a.a.O., S. 357;
- Anm. 94 Als erster erkannte Zitelmann, a.a.O., S. 32, das Phänomen der Regelungslücke; er unterscheidet hierbei einen engeren und einen weiteren Begriff, wobei letzterer die Fälle umfaßt, in denen sich aus dem Gesetz für einen bestimmten Sachverhalt zwar eine rechtliche Lösung ergibt, diese Lösung aber sachlich unangemessen oder ungerecht erscheint, weil der Gesetzgeber den Fall nicht oder nicht vollständig gesehen hat.
- Anm. 95 vgl. Forsthoff, a.a.O., S. 167; Achterberg, a.a.O., § 16 Rdz 45;
- Anm. 96 Larenz, a.a.O., S. 362; Achterberg, a.a.O., § 16 Rdz 48;
- Anm. 97 Flume, a.a.O., Kapitel 19, 20; auch Soergel/Siebert/Hefermehl, a.a.O., Anhang zu § 133 Rdz 12, wonach die Lücke sich durch eine Entfaltung der der Vorschrift immanenten Teleologie beseitigen lassen muß; Larenz, a.a.O., S. 365 ff.; Zippelius, a.a.O., S. 69; Staudinger/Coing, a.a.O., Einleitung Rdz 122; Achterberg, a.a.O., § 16 Rdz 43, 45;
- Anm. 98 Staudinger/Coing, a.a.O., Einleitung Rdz 148; Soergel/Siebert/Hefermehl, a.a.O., Anhang zu § 133 Rdz 7; Larenz, a.a.O., S. 314, 315, 323; Zippelius, a.a.O., S. 71 ff.; Wolff/Bachof, a.a.O., § 28 III c 7; Achterberg, a.a.O., § 16

Rdz 18 ff.; Bull, a.a.O., S. 163; BGH vom 24.6.1955, BGHZ 18, 44; eine rechtssoziologische Begründung der Lückenausfüllung nach den jeweilig im Volke herrschenden Werturteilen fordert Reh binder, a.a.O., S. 26;

Anm. 99 BT-Dr VI/2327, VI/2588;

Anm. 100 Gegen eine Analogie im Verwaltungsrecht hat Forsthoff, a.a.O., S. 167, keine Bedenken; gl. A. wohl auch Achterberg, a.a.O., § 16 Rdz 49; Bull, a.a.O., S. 164;

Anm. 101 Staudinger/Coing, a.a.O., Einleitung Rdz 125, 156; Palandt/Heinrichs, a.a.O., Einleitung vor § 1 Anm. VI 3 d bb; Achterberg, a.a.O., § 16 Rdz 50; Bull, a.a.O., S. 165; Wolff/Bachof, a.a.O., § 28 III c 7; der Gegensatz ist die Rechts-Analogie, bei der aus mehreren Rechtssätzen ein induktiv genommener Rechtsgedanke wegen der Ähnlichkeit der Interessenlagen angewandt wird, s. die oben zitierte Literatur;

Anm. 102 a.a.O., § 28 III c 7;

Anm. 103 a.a.O., § 16 Rdz 21;

Anm. 104 Um eine solche handelt es sich hier, da die Vorschrift als Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt anzusehen ist; vgl. Wolff/Bachof, a.a.O., § 3 I c 2;

Anm. 105 vgl. Forsthoff, a.a.O., S. 167;

Anm. 106 BStBl 1981 I, S. 604 ff.;

Anm. 107 OLG Düsseldorf vom 28.12.1977, DB 1978, 583; LG Arnsberg vom 19.12.1977, NJW 1978, 1588; OLG Nürnberg vom 15.6.1982, NJW 1982, 2326;

Anm. 108 Urteile vom 18.11.1976, NJW 1977, 294, und vom 17.1.1980, NJW 1980, 992;

Anm. 109 NJW 1977, 294;

Anm. 110 In dem entschiedenen Fall bestand zwischen dem beklagten Bauherrn und dem Baubetreuer ein Vertrag über wirtschaftliche Betreuung, kraft dessen der Baubetreuer beauftragt und bevollmächtigt war, zu einem Festpreis das Bauvorhaben vorzubereiten und durchzuführen und den Bauherrn u.a. gegenüber bauausführenden Personen zu vertreten. Der Baubetreuer schloß mit dem Kläger einen Werkvertrag über Zimmererarbeiten. Nachdem der Kläger vom Baubetreuer nur einen Teil des

Werklohn erhalten hatte und der Baubetreuer zwischenzeitlich in Konkurs gefallen war, beanspruchte der Kläger den Restwerklohn unmittelbar vom beklagten Bauherrn. Das Revisionsurteil des BGH bestätigte das der Klage stattgebende Berufungsurteil.

- Anm. 111 NJW 1980, 992;
- Anm. 112 DB 1978, 583;
- Anm. 113 NJW 1977, 294;
- Anm. 114 NJW 1978, 1588, mit ablehnender Anmerkung von Crezelius, NJW 1978, 2158;
- Anm. 115 NJW 1982, 2326;
- Anm. 116 so auch die Ansicht des BGH, NJW 1977, 294, NJW 1980, 992;
- Anm. 117 Beilage 12 zu BB 1980, S. 3 f.;
- Anm. 118 NJW 1980, 961, 965;
- Anm. 119 a.a.O., Teil 5, Kapitel 6;
- Anm. 120 DB 1980, 531, 532
- Anm. 121 in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 132;
- Anm. 122 a.a.O., MaBV-Vorbemerkungen Rdz 15;
- Anm. 123 a.a.O., § 34c GewO Rdz 42a,c;
- Anm. 124 vgl. auch Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 42a,c;
- Anm. 125 s.o. im 2. Teil 1;
- Anm. 126 s. auch BGH vom 26.1.1978, NJW 1978, 1054;
- Anm. 127 gl. A. Hofbauer, a.a.O., MaBV-Vorbemerkungen Rdz 15;
- Anm. 128 Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 54; Ziff. 1.2.2 VwV § 34c GewO; Hofbauer, a.a.O., § 34c GewO Rdz 42;
- Anm. 129 §§ 44, 47 der Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts vom 21.6.1973, in der Fassung vom 1.3.1982;
- Anm. 130 Abschnitt 6 Abs. 1 der Standesrichtlinien der Steuerberater vom 24./25.1.1977, in der Fassung vom 20./21.10.1980;
- Anm. 131 statt vieler: Mittelsteiner/Gehre, § 22 a.F., Anm. 9; Fuhr, a.a.O., Vorbemerkungen III. 2. a, vor § 14;
- Anm. 132 Fröhler/Kormann, a.a.O., § 1 Rdz 6;
- Anm. 133 § 2 Abs. 2 BRAO; § 32 Abs. 2 StBerG; § 1 Abs. 2 WPO;
- Anm. 134 Fröhler/Kormann, a.a.O., § 1 Rdz 6;
- Anm. 135 NJW 1983, 1922;
- Anm. 136 Marcks, a.a.O., § 16 MaBV Rdz 7, spricht sich für den Fort-

fall aus, während Hofbauer, a.a.O., § 16 MaBV Rdz 3, das Fortbestehen bejaht;

Anm. 137 so auch Speiser, ZfBR 1979, 6, 10;

Anm. 138 FN 1984, 22;

Anm. 139 Marcks, a.a.O., § 16 MaBV Rdz 24;

Anm. 140 S. 27 der Begründung der BR-Dr 179/75; Ziffer 3.17 VwV § 34c GewO;

Anm. 141 Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O., § 165 Rdz 25, 28;

Anm. 142 vgl. § 10 Abs. 1, 2, 4 und 5 MaBV;

Anm. 143 vgl. Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O., § 165 Rdz 9;

Anm. 144 vgl. Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O., § 165 Rdz 8;

Anm. 145 s. zum Begriff Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O., § 168 Rdz 5, 6;

Anm. 146 vgl. Adler/Düring/Schmaltz, a.a.O., § 168 Rdz 1;

Anm. 147 § 43 Abs. 1 und 2 WPO;

Anm. 148 Fachgutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer 1/1977, WPg 1977, 210 ff.;

Anm. 149 solche Hinweise erteilte auch Prüfer XI in seinen Prüfungsberichten D, G und H;

Anm. 150 WPg 1977, 210 ff.;

Anm. 151 Stellungnahme WFA 1/1978, WPg 1979, 78 ff.;

Anm. 152 Fachgutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer 1/1977, WPg 1977, 210 ff.;

Anm. 153 Fachgutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer 1/1977, WPg 1977, 210 ff.;

Anm. 154 Stellungnahme WFA 1/1978, WPg 1979, 78;

Anm. 155 vom 1.6.1909, RGBI, S. 449;

Anm. 156 Ziffer 3.16.1 Abs. 3 VwV § 34c GewO;

Anm. 157 WPg 1979, 78;

Anm. 158 WPg 1977, 210 ff.;

Anm. 159 Ziffer 3.16.1 Abs. 3 VwV § 34c GewO;

Anm. 160 WPg 1979, 78;

Anm. 161 Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 1131;

Anm. 162 Ziffer 3.16.1 Abs. 3 VwV § 34c GewO; Stellungnahme WFA 1/1978, WPg 1979, 78;

Anm. 163 Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 1128;

- Anm. 164 Marcks, a.a.O., § 16 MaBV Rdz 12 m.w.N.;
- Anm. 165 WPg 1979, 78;
- Anm. 166 Küffner/Hilkinge, Inf 1982, 497;
- Anm. 167 Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 1128 f.;
- Anm. 168 vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 1167 f.;
- Anm. 169 s.u. 6.2.3;
- Anm. 170 Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 1130;
- Anm. 171 Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 1130 f.;
- Anm. 172 Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 1131;
- Anm. 173 WPg 1979, 78 ff.;
- Anm. 174 Fachgutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer 1/1977, WPg 1977, 210 ff.;
- Anm. 175 S. 10 der Begründung der BR-Dr 786/73; BT-Dr 7/1590; BT-Dr 7/1989;
- Anm. 176 S. 14 der Begründung der BR-Dr 179/75; Ziffer 3.14.1 VwV § 34c GewO
- Anm. 177 vgl. Marcks, a.a.O., § 10 MaBV Rdz 8;
- Anm. 178 S. 11 der Begründung der BR-Dr 786/73;
- Anm. 179 a.a.O., § 4 MaBV Rdz 7 a.E.;
- Anm. 180 S. 15 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 181 S. 13 der Begründung der BR-Dr 786/73; Ziffer 3.6 VwV § 34c GewO;
- Anm. 182 S. 16 der Begründung der BR-Dr 179/75; Ziffer 3.6 VwV § 34c GewO
- Anm. 183 vgl. Vorschlag des Prüfers VIII, oben 3.3.2.2;
- Anm. 184 vgl. Vorschlag des Prüfers VI, oben 3.3.2.2;
- Anm. 185 diese wurden dem Verfasser freundlicherweise überlassen, weil sie nicht veröffentlicht sind;
- Anm. 186 vgl. Ansicht des Prüfers IX, oben 3.3.2.2;
- Anm. 187 Witzke, WPg 1979, 97 ff.;
- Anm. 188 vgl. Ziffer 2.2.2 Abs. 3 VwV § 34c GewO;
- Anm. 189 vgl. Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 70;
- Anm. 190 vgl. Vorschlag des Prüfers IX, oben 3.3.2.2; so auch geschehen im Prüfungsbericht C des Prüfers XI;
- Anm. 191 vgl. Braun, BB 1979, 1432, 1434;
- Anm. 192 vgl. auch Holzmann, a.a.O., S. 203;

- Anm. 193** WPg 1982, 664 ff.;
- Anm. 194** vgl. auch Pougin, BFuP 1976, 93, 102;
- Anm. 195** Inf 1982, 494, 498;
- Anm. 196** s. auch die Aufstellung bei Marcks, a.a.O., § 16 MaBV Rdz 14;
- Anm. 197** vgl. Witzke, WPg 1979, 97, 101; Küffner/Hilkinge, Inf 1982, 448, 452; Schmidt, Holger, BB 1975, 203, 207;
- Anm. 198** BR-Dr 442/79; Art. 4 der 2. Verordnung zur Änderung gewerbe-rechtlicher Vorschriften v. 28.11.1979, BGBl 1979 I, 1986;
- Anm. 199** a.a.O., S. 191 bis 195;
- Anm. 200** vgl. Ziffer 3.3.2 VwV § 34c GewO;
- Anm. 201** Marcks a.a.O., § 3 MaBV Rdz 22a;
- Anm. 202** wie auch in den Fällen der Prüfungsberichte A und K des Prü-fers XI;
- Anm. 203** Hängt die Abrufbefugnis des Bauträgers von der vorherigen Zustimmung seines Auftraggebers ab, wird die Eigenschaft des Gewerbetreibenden als Bauträger zu verneinen sein. Denn § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a GewO setzt voraus, daß der Bauträger die Vermögenswerte des Auftraggebers erhält bzw. zu deren Verwendung ermächtigt ist; dieses Kriterium erfüllt ein Gewerbetreibender jedoch nicht, wenn er nicht oder nur gemeinsam mit seinem Auftraggeber über die Vermögenswerte verfügen darf; vgl. auch unten 4.2.2.
- Anm. 204** Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 5;
- Anm. 205** Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 17;
- Anm. 206** Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 28; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 17; Pohlmann, BauR 1978, 351, 352;
- Anm. 207** S. 6 der Begründung der BR-Dr 179/75; Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 21; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 3;
- Anm. 208** Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 35 m.w.N. in den Fußnoten 93 und 98;
- Anm. 209** Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 22a;
- Anm. 210** Ziffer 3.3.2 Abs. 4 VwV § 34c GewO;
- Anm. 211** Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 6;
- Anm. 212** zu dieser Problematik vgl. unten 6.2;
- Anm. 213** Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 27; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV

Rdz 6;

- Anm. 214 S. 10, 11 der Begründung der BR-Dr 179/75; Pohlmann, BauR 1978, 351, 352; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 4; Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 25; Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 335;
- Anm. 215 vgl. oben Prüfer VIII in 4.1.1.2;
- Anm. 216 vgl. BGH vom 24.3.1977, NJW 1977, 1146;
- Anm. 217 in der Fassung vom Dezember 1973;
- Anm. 218 Pohlmann, BauR 1978, 351, 352; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 8;
- Anm. 219 vgl. DIN 276 Blatt 2 Kostengruppe 2.1.0.0;
- Anm. 220 vgl. DIN 276 Blatt 2 Kostengruppe 1.4.0.0;
- Anm. 221 Runderlaß des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 15.8.1977, GewA 1977, 370, 373: Nach der DIN 18 300 Ziffer 3.4.1 muß der Oberboden (Mutterboden) von allen Auftragsflächen abgetragen werden und nach der Ziffer 3.4.2 a.a.O. ist dieser Abtrag grds. gesondert von anderen Bodenbewegungen durchzuführen. Muß der Mutterboden somit abgetragen werden, beginnen die Erdarbeiten mit dem Abtrag des Mutterbodens. Vgl. auch Speiser, ZfBR 1979, 6, 9;
- Anm. 222 Pohlmann, BauR 1978, 351, 352;
- Anm. 223 Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 335;
- Anm. 224 Eine vergleichbare Aufteilung wäre im Fall des § 3 Abs. 3 MaBV nicht erforderlich, da hier dem Auftraggeber (Mieter, Pächter) das Grundstück nicht übereignet wird.
- Anm. 225 vgl. unter 4.2.2;
- Anm. 226 Verordnung zur Durchführung des § 34c GewO vom 20.6.1974;
- Anm. 227 Durch den neuen Begriff sollte eine Vorverlegung der Fälligkeit erreicht werden, da sich die Abnahme aus behördlichen oder bautechnischen Gründen verzögern konnte; vgl. Pohlmann, BauR 1978, 351, 352, 354 und Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 31;
- Anm. 228 Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 336; Pohlmann, BauR 1978, 351, 354;
- Anm. 229 in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 336;
- Anm. 230 BauR 1978, 351, 354;

- Anm. 231** BauR 1978, 351, 353, 354;
- Anm. 232** BGBI 1979 I, 1986;
- Anm. 233** wie Anm. 232;
- Anm. 234** Art. 98 Abs. 3 BayBauO; § 96 Abs. 3 BauO NW; S. 11 der Begründung der BR-Dr 179/75; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 10; Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 34; Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 339; Pohlmann, BauR 1978, 351, 354;
- Anm. 235** vgl. hierzu eingehend und m.w.N. Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 34; S. 11 der Begründung der BR-Dr 179/75; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 10; Pohlmann, BauR 1978, 351, 354; Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 339;
- Anm. 236** Art. 98 Abs. 3 Satz 4 BayBauO; § 96 Abs. 3 Satz 4 BauO NW;
- Anm. 237** Art. 105 Abs. 1 Nr. 9 BayBauO; § 101 Abs. 1 Nr. 5 BauO NW;
- Anm. 238** S. 11 der Begründung der BR-Dr 179/75; Ziffer 3.3.2 letzter Absatz VwV § 34c GewO; Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 35; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 11; Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 340; Pohlmann, BauR 1978, 351, 354;
- Anm. 239** S. 11 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 240** in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.4.1984, BGBI 1984 I, 553;
- Anm. 241** vgl. Ziffer 3.4.1 Abs. 3 VwV § 34c GewO;
- Anm. 242** S. 14 der Begründung der BR-Dr 179/75; Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 8; Hofbauer, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 11; Speiser, ZfBR 1979, 6, 9; Runderlaß des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 15.8.1977, Ziffer 2d, GewA 1977, 370; Küffner/Hilkinge, Inf 1982, 448, 452;
- Anm. 243** s. Anm. 240;
- Anm. 244** nach dem II. WoBauG, Wohnungsbindungsgesetz bzw. Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz;
- Anm. 245** Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 8; Küffner/Hilkinge, Inf 1982, 448, 452; Runderlaß des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 15.8.1977, Ziffer 2d, GewA 1977, 370; wohl auch Hofbauer, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 12, 14;
- Anm. 246** S. 14 der Begründung;

- Anm. 247 GewA 1977, 370;
- Anm. 248 Soweit es sich hierbei um spezielle Leistungen bei der Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens handelt, soll nach dem Runderlaß die Abzugsfähigkeit im Rahmen des § 8 Abs. 3 II. Berechnungsverordnung bei den einzelnen Baufortschrittsraten nach § 3 Ab. 2 MaBV bejaht werden können; gl. A. Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 8; Speiser, ZfBR 1979, 6, 9; Küffner/Hilkinge, Inf 1982, 448, 452;
- Anm. 249 a.a.O., § 4 MaBV Rdz 13, 14;
- Anm. 250 so wohl auch im Ergebnis die in Anm. 248 zitierten Meinungen;
- Anm. 251 gl. A. Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 8; Küffner/Hilkinge, Inf 1982, 448, 452; Speiser, ZfBR 1979, 6, 9;
- Anm. 252 a.a.O., § 4 MaBV Rdz 13, 14;
- Anm. 253 "Der Berechnung des Höchstbetrages für die Kosten der Verwaltungsleistungen ist ein Vomhundertsatz der Baukosten ohne Baunebenkosten, und, soweit der Bauherr die Erschließung auf eigene Rechnung durchführt, auch der Erschließungskosten zugrunde zu legen, und zwar bei Kosten in der Stufe
1. bis 250.000 DM einschließlich 3,40 v. Hundert
 2. bis 500.000 DM einschließlich 3,10 v. Hundert
 3. bis 1.000.000 DM einschließlich 2,80 v. Hundert
 4. bis 1.600.000 DM einschließlich 2,50 v. Hundert
 5. bis 2.500.000 DM einschließlich 2,20 v. Hundert
 6. bis 3.500.000 DM einschließlich 1,90 v. Hundert
 7. bis 5.000.000 DM einschließlich 1,60 v. Hundert
 8. bis 7.000.000 DM einschließlich 1,30 v. Hundert
 9. über 7.000.000 DM 1,00 v. Hundert"
- Anm. 254 den gleichen Vorschlag machen Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 8; Speiser, ZfBR 1979, 6, 9; Küffner/Hilkinge, Inf 1982, 448, 452; wohl auch Hofbauer, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 14;
- Anm. 255 Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 7; Hofbauer, § 4 MaBV Rdz 15 ff.; Speiser, ZfBR 1979, 6, 10;
- Anm. 256 S. 16 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 257 Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 7; Küffner/Hilkinge, Inf 1982,

- 448, 452; Runderlaß des Niedersächsischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr vom 15.8.1977, GewA 1977, 370, 373;
- Anm. 258 a.a.O., § 4 MaBV Rdz 18; gl. A. im Ergebnis Speiser, ZfBR 1979, 6, 10;
- Anm. 259 Danach ist die Sicherheit aufrechtzuerhalten, bis das Vertragsobjekt bezugsfertig ist, der Besitz übergeben ist, die Rechtsänderung oder eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Auftraggebers auf die Rechtsänderung im Grundbuch eingetragen ist und die vor- oder gleichrangigen Belastungen, die nicht übernommen werden sollen, im Grundbuch gelöscht sind.
- Anm. 260 diese erläutert Marcks, a.a.O., § 7 MaBV Rdz 5;
- Anm. 261 Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 8; Küffner/Hilking, Inf 1982, 448, 452; Hofbauer, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 19;
- Anm. 262 Marcks, a.a.O., § 4 MaBV Rdz 9;
- Anm. 263 vgl. Kanzleiter, DNotZ 1974, 542, 551;
- Anm. 264 Hierbei baut der Bauträger im eigenen Namen und für eigene Rechnung und verkauft anschließend die fertigen Immobilien (Brandt, BauR 1976, 21, 25; Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 11);
- Anm. 265 DNotZ 1974, 542, 551;
- Anm. 266 ZfBR 1979, 6, 8;
- Anm. 267 Kanzleiter, DNotZ 1974, 542, 551, unter Hinweis auf S. 10 der Begründung der BR-Dr 786/73;
- Anm. 268 Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 355; auch Kanzleiter, DNotZ 1974, 542, 552;
- Anm. 269 Hofbauer, a.a.O., MaBV-Vorbemerkungen Rdz 7;
- Anm. 270 Ziffer 3.2.1 Abs. 2 VwV § 34c GewO; Marcks, DNotZ 1974, 524, 527; ders. a.a.O., § 2 MaBV Rdz 4, § 3 MaBV Rdz 7; Lièvre, WPg 1975, 30, 32; Kanzleiter, DNotZ 1974, 542, 544;
- Anm. 271 S. 3 der Begründung der BR-Dr 786/73;
- Anm. 272 Marcks, a.a.O., § 2 MaBV Rdz 3; Ziffer 3.2.1 letzter Abs. VwV § 34c GewO; S. 3 der Begründung der BR-Dr 786/73;
- Anm. 273 S. 4 der Begründung der BR-Dr 786/73; Ziffer 3.2.1 Abs. 3 VwV § 34c GewO;
- Anm. 274 WPg 1975, 30, 32;

- Anm. 275** S. 4 der Begründung der BR-Dr 786/73;
- Anm. 276** vgl. zur gesamten Problematik oben 2. Teil 2.3;
- Anm. 277** S. 3 der Begründung der BR-Dr 786/73; Ziffer 3.2.1.1 Abs. 1 VwV § 34c GewO; Marcks, a.a.O., § 2 MaBV Rdz 4; Hofbauer, a.a.O., MaBV-Vorbemerkungen Rdz 9; Lièvre, WPg 1975, 30, 32;
- Anm. 278** Hofbauer, a.a.O., MaBV-Vorbemerkungen Rdz 13; Speiser, ZfBR 1979, 6, 8; Marcks, a.a.O., § 2 MaBV Rdz 4;
- Anm. 279** S. 3 der Begründung der BR-Dr 786/73; Ziffer 3.2.1.1 Abs. 1 VwV § 34c GewO;
- Anm. 280** vgl. Kanzleiter, DNotZ 1974, 542, 544, 545; Palandt/Thomas, a.a.O., § 812 Anm. 5 B b;
- Anm. 281** S. 4 der Begründung der BR-Dr 786/73; Ziffer 3.2.1.1 Abs. 2 VwV § 34c GewO; Kanzleiter, DNotZ 1974, 542, 545; Marcks, DNotZ 1974, 524, 528;
- Anm. 282** vgl. S. 12 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 283** a.a.O., § 2 MaBV Rdz 4;
- Anm. 284** Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 185 Anm. 4;
- Anm. 285** Speiser, ZfBR 1979, 6, 8; Fröhler/Kormann, a.a.O., § 34c Rdz 9;
- Anm. 286** Brandt, BauR 1976, 21, 26;
- Anm. 287** S. 18 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 288** vgl. Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 13;
- Anm. 289** s. hierzu Marcks, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 12 ff.; Hofbauer, a.a.O., § 3 MaBV Rdz 2; Manhart in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 218 ff.;
- Anm. 290** NJW 1977, 146; vgl. dort die Ausführungen zu § 17 KO und die Auswirkungen im Falle nicht fertiggestellter Bauvorhaben;
- Anm. 291** vgl. im einzelnen die Ausführungen oben im 3. Teil 3.3.2 m.w.N.;
- Anm. 292** S. 9 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 293** vgl. dazu die Ausführungen im 2. Teil 2.3.3;
- Anm. 294** BGH vom 4.4.1966, NJW 1966, 1265, und vom 23.4.1968, NJW 1968, 2286; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 134 Anm. 2 a;
- Anm. 295** Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 134 Anm. 1 b;
- Anm. 296** BGH vom 25.6.1962, NJW 1962, 2010, und vom 23.10.1980, BGHZ 78, 269, 271;

- Anm. 297** z.B. Verträge, die unter Verstoß gegen die Bestimmungen über die Sonntagsruhe, RGZ 60, 276, oder die Polizeistunde, RGZ 103, 264, geschlossen werden; ebenso bei Abschluß eines Bauvertrages trotz fehlender Baugenehmigung, OLG Köln, NJW 1961, 1023, oder Verkauf rezeptpflichtiger Medikamente ohne Rezept, BGH vom 23.4.1968, NJW 1968, 2286; Betätigung eines Steuerberaters als Makler ohne Erlaubnis nach § 34c GewO, BGH vom 23.10.1980, NJW 1981, 399;
- Anm. 298** z.B. Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz, BGH vom 25.6.1962, NJW 1962, 2010; BGH vom 23.4.1968, s. Anm. 297; Verstoß gegen Verbot der Arzneimittelwerbung, BGH vom 12.1.1970, NJW 1970, 609;
- Anm. 299** vgl. auch Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 9;
- Anm. 300** S. 3 der BT-Dr VI/2588;
- Anm. 301** NJW 1977, 617, mit Erwiderung von Halbe, NJW 1977, 1437;
- Anm. 302** vgl. Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 8;
- Anm. 303** BGBl 1974 I, S. 1314;
- Anm. 304** Halbe, NJW 1977, 1437; Kanzleiter, DNotz 1974, 542, 556 f.; Lach, GewA 1976, 77, 79; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 134 Anm. 3 a bb; Marcks, DNotz 1974, 524, 542; ders., a.a.O., § 12 MaBV Rdz 6 ff.; Schmidt, Holger, BB 1974, 1373, 1376; ders., mit Bedenken in BB 1975, 203, 206; ders., offengelassen in BB 1975, 995, 997; a.A. Hepp, NJW 1977, 617; Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 512;
- Anm. 305** Die Nichtigkeit wurde bejaht durch rechtskräftigen, nicht veröffentlichten Beschluß des KG vom 18.5.1976, zitiert nach Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 6; verneint durch Urteil des OLG Bremen vom 26.1.1977, NJW 1977, 638, aufgehoben durch Urteil des BGH vom 26.1.1978, NJW 1978, 1054, das aber zu dieser Frage nicht Stellung nahm. Das OLG Frankfurt vom 29.11.1978, NJW 1979, 878, verneint Nichtigkeit bei Verstoß gegen den hier nicht einschlägigen § 11 MaBV (fehlende Schriftform);
- Anm. 306** S. 16 der BR-Dr 786/73;
- Anm. 307** BR-Dr 786/73, Beschluß, S. 5;
- Anm. 308** NJW 1977, 638;

- Anm. 309** BB 1975, 203, 206;
- Anm. 310** vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 139 Anm. 3, 4 a aa;
- Anm. 311** Lach, GewA 1976, 77, 79; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 139 Anm. 5 a;
- Anm. 312** OLG Bremen vom 26.1.1977, NJW 1977, 638, 639; Lach, GewA 1976, 77, 79; Schmidt, Holger, BB 1975, 203, 206;
- Anm. 313** so zu Recht Schmidt, Holger, BB 1975, 203, 206;
- Anm. 314** Soergel/Siebert/Hefermehl, a.a.O., § 139, Rdz 48 f.; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 139 Anm. 6 b; jeweils mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung; Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 10;
- Anm. 315** Soergel/Siebert/Hefermehl, a.a.O., § 139 Rdz 24; BGH vom 25.11.1963, BGHZ 40, 235, 239; Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 92; Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 10;
- Anm. 316** S. 16 der BR-Dr 786/73;
- Anm. 317** S. 1 der BR-Dr 786/73; S. 1 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 318** Brych in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 92; Halbe, NJW 1977, 1437; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 23 Rdz 296;
- Anm. 319** Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 3 AGBG Anm. 2 a; Horn in Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O., § 23 Rdz 296;
- Anm. 320** vgl. Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 12;
- Anm. 321** S. 7 der Begründung der BR-Dr 786/73; Marcks, a.a.O., § 2 MaBV Rdz 7, § 5 MaBV Rdz 2, § 12 MaBV Rdz 12; Ziffer 3.2.1.3 VwV § 34c GewO;
- Anm. 322** JZ 1962, 217;
- Anm. 323** S. 1 der Begründung der BR-Dr 786/73; S. 1 und 2 der Begründung der BR-Dr 179/75;
- Anm. 324** vgl. Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 11, 12;
- Anm. 325** Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 241 Anm. 6;
- Anm. 326** Marcks, a.a.O., § 8 MaBV Rdz 1;
- Anm. 327** NJW 1977, 638, 639;
- Anm. 328** so auch OLG Hamm vom 7.2.1977, NJW 1977, 1594;
- Anm. 329** Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 242 Anm. 4 B b, § 276 Anm. 7 C b; Marcks, a.a.O., § 12 MaBV Rdz 13;
- Anm. 330** Reithmann in Reithmann/Brych/Manhart, a.a.O., Rdz 512;

- Anm. 331** S. 4 der Begründung der BT-Dr 7/1589; S. 21 der Begründung der BR-Dr 179/75; Ziffer 3.11 VwV § 34c GewO;
- Anm. 332** vgl. Hofbauer, a.a.O., § 16 MaBV Rdz 44;
- Anm. 333** Fachgutachten des Instituts der Wirtschaftsprüfer 2/1977, WPg 1977, 214 ff.;
- Anm. 334** BT-DR 7/1590, nahezu wortgleich mit dem Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Dr 7/1989;
- Anm. 335** S. 3 der Begründung der BT-Dr 7/1590;
- Anm. 336** S. 4 der Begründung der BT-Dr 7/1590;
- Anm. 337** vgl. Hofbauer, GewA 1977, 184 ff.;
- Anm. 338** Ziffer 3.16.3 Abs. 4 VwV § 34c GewO;
- Anm. 339** vgl. hierzu Pougin, BFuP 1976, 93 ff.;
- Anm. 340** s. Sonderdruck der Wirtschaftsprüferkammer Düsseldorf vom 1.12.1977; vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 47 ff.;
- Anm. 341** Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 47, 48;
- Anm. 342** Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1981, S. 47, 48;
- Anm. 343** Knief, BFuP 1976, 115, 129;
- Anm. 344** vgl. BR-Dr 416/83; FN 1983, 358;
- Anm. 345** Eine vergleichbare Regelung besteht bereits in § 54 Abs. 1 GenG, wonach Genossenschaften einem Verband angehören müssen, dem das Prüfungsrecht verliehen ist (genossenschaftlicher Prüfungsverband). Die Mitgliedsgenossenschaften haben sich zweijährlich bzw. jährlich durch bei dem Prüfungsverband angestellte Prüfer prüfen zu lassen (§§ 53 Abs. 1, 55 Abs. 1 GenG). Zur Doppelnatur solcher Prüfungsverbände, Jenkins, BB 1982, 1702 ff.;
- Anm. 346** s.o. 1. Teil 1.1;
- Anm. 347** zum Begriff vgl. Schimanke, VerwA 1977, 361; Derlien, VerwA 1984, 256, 258 f.; Püttner, Verwaltungslehre, a.a.O., S. 341;
- Anm. 348** zum Begriff vgl. Derlien, VerwA 1984, 256, 259; Mayntz, a.a.O., S. 85 u. S. 211; Schimanke, VerwA 1977, 361;
- Anm. 349** Schimanke, VerwA 1977, 361;
- Anm. 350** Derlien, VerwA 1984, 256, 259; Püttner, Verwaltungslehre, a.a.O., S. 335; ders., Allgem. Verwaltungsrecht, a.a.O., S. 6;

- Anm. 351 vgl. dazu Dieckmann, DöV 1980, 737, 739 ff., 741 ff.; Schimanneke, VerWA 1977, 361, 367; Püttner, Verwaltungslehre, a.a.O., S. 343;
- Anm. 352 Mayntz; a.a.O., S. 131; Thieme, VerWA 1983, 305, 319 f.;
- Anm. 353 Schimanneke, VerWA 1977, 361, 365 und (im Hinblick auf die Eingriffsverwaltung) 368;
- Anm. 354 vgl. Lange, DöV 1981, 73, 74, der generell von einem Wirksamkeitsdefizit ausgeht;
- Anm. 355 nach Thieme, a.a.O., Rdz 24, sind die Grundregeln der Kybernetik grundsätzlich in der Verwaltungswissenschaft anwendbar;
- Anm. 356 vgl. Thieme, a.a.O., Rdz 156, 904; Püttner, Verwaltungslehre, a.a.O., S. 342 f.; Derlien, VerWA 1984, 256, 267;
- Anm. 357 Derlien, VerWA 1984, 256, 267;
- Anm. 358 abgedruckt bei Marcks, a.a.O., S. 173 ff.;
- Anm. 359 BayGVBl 1980, S. 16 (letzte Fassung);
- Anm. 360 GVBl NW 1982, S. 300 (letzte Fassung)
- Anm. 361 Hamburgisches GVBl Teil II, Amtlicher Anzeiger, 1975, S. 1517 (letzte Fassung);
- Anm. 362 s. Anm. 359;
- Anm. 363 s. Anm. 360;
- Anm. 364 s. Anm. 361;
- Anm. 365 BGBI 1972 I, S. 1465;
- Anm. 366 S. 1 der Begründung der BR-Dr 786/73;
- Anm. 367 vgl. als Beispiel Art. 18 bis 22, Art. 29 bis 31, 33, 36 bis 39 BayVwZVG;
- Anm. 368 Mayntz, Soziologie, a.a.O., S. 212;
- Anm. 369 vgl. Mayntz, Vollzugsprobleme, a.a.O., S. 33; Lange, DöV 1981, 73, 75; Thieme, a.a.O., Rdz 934;
- Anm. 370 Steinberg, DöV 1982, 619, 621;
- Anm. 371 Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 71; Hofbauer, a.a.O., § 34c GewO Rdz 60; Fröhler/Kormann, a.a.O., § 34c Rdz 11; Ziffer 2.2 VwV § 34c GewO;
- Anm. 372 Schachel, a.a.O., S. 102 m.w.N.;
- Anm. 373 Winter, a.a.O., S. 32; Lange, DöV 1981, 73, 75;
- Anm. 374 Schachel, a.a.O., S. 102; Wallerath, a.a.O., S. 160 f.;

- Ann. 375** Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 72; Hofbauer, a.a.O., § 34c GewO Rdz 60; Ziffer 2.3.2 VwV § 34c GewO;
- Ann. 376** Schachel, a.a.O., S. 31; Wallerath, a.a.O., S. 171; Lange, DöV 1981, 73, 75;
- Ann. 377** Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 59; Hofbauer, a.a.O., § 34c GewO Rdz 58 f.; Ziffer 2.2 VwV § 34c GewO;
- Ann. 378** Fröhler/Kormann, a.a.O., § 34c Rdz 16 mit Hinweis auf die Ausführungen zu § 34b Rdz 10;
- Ann. 379** ausführlich Marcks, a.a.O., § 34c GewO Rdz 60, 63, 70; Fröhler/Kormann, a.a.O., § 34c Rdz 16 mit Hinweis auf die Ausführungen zu § 34 b Rdz 10; Ziffer 2.2.1 VwV § 34c GewO; allgemein vgl. Achterberg, a.a.O., § 17 Rdz 37; Bull, a.a.O., S. 166; Forsthoff, a.a.O., S. 85 ff.; Mayer, a.a.O., S. 44; Wolff/Bachof, a.a.O., § 31 I c; Lange, DöV 1981, 73, 79;
- Ann. 380** vgl. Mayntz, Vollzugsprobleme, a.a.O., S. 38;
- Ann. 381** vgl. Mayntz, Vollzugsprobleme, a.a.O., S. 60;
- Ann. 382** vgl. Thieme, a.a.O., Rdz 897 ff., 900, 901, 903, 912, 913;
- Ann. 383** Der Verordnungsgeber reagierte zwischenzeitlich mit einer Änderung des § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV, wonach der Prüfungsbericht spätestens bis zum 31.12. eines Jahres eingereicht sein muß; vgl. BGBI 1984 I, S. 1155;
- Ann. 384** Mayntz, Soziologie, a.a.O., S. 236, 237;
- Ann. 385** Ergänzend sei auf die Entscheidung des VG Gelsenkirchen vom 8.5.1981, GewA 1981, 371, hingewiesen, nach der ein Gewerbetreibender (hier Makler) wegen Nichtvorlage des Prüfungsberichts zu Ersatzzwangshaft verurteilt wurde.
- Ann. 386** s. die nahezu gleichlautenden Gesetzentwürfe der SPD/FDP-Bundestagsfraktionen, S. 3 und 4 der Begründung der BT-Dr 7/1590, und des Bundesrates, S. 4 und 5 der Begründung der BT-Dr 7/1989;
- Ann. 387** Die Arbeitsteilung erfolgte nicht aus Kostengründen, denn die Verwaltung hätte beim Prüfungseinsatz eigener Mitarbeiter Gebühren erheben können. Vgl. zur Kostendiskussion Timmermann, VerwA 1977, 311, 321;
- Ann. 388** Thieme, a.a.O., Rdz 921;

- Anm. 389** vgl. allgemein Thieme, a.a.O., Rdz 922 ff.; auf Mängel im Bereich von Informationen als Ursache für Vollzugsprobleme im Immissionsschutz weist Mayntz, Vollzugsprobleme, a.a.O., S. 46 hin;
- Anm. 390** Mayntz, Soziologie, a.a.O., S. 219;
- Anm. 391** Wegen der Kompliziertheit von § 34c GewO und der MaBV sei auf den generellen Appell von Wagener, a.a.O., S. 89 f., verwiesen, die Gesetzgebung müsse sich daran gewöhnen, ihr Augenmerk auf die verwaltungstechnische Durchführbarkeit neuer Gesetze zu richten und auf allzu perfektionierte Detailregelungen zu verzichten, auch wenn dies den Anschein habe, daß dies zu Ungerechtigkeiten führen könne.
- Anm. 392** Danach handelt ordnungswidrig, wer entgegen § 16 Abs. 1 MaBV der zuständigen Behörde den Prüfungsbericht nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt.
- Anm. 393** vgl. im einzelnen bei § 18 MaBV
- Anm. 394** vgl. hierzu auch Püttner, Verwaltungslehre, a.a.O., S. 335 f.; Thieme, a.a.O., Rdz 958;
- Anm. 395** vgl. hierzu Mayntz, Soziologie, a.a.O., S. 113;
- Anm. 396** zum Begriff vgl. Mayntz, Soziologie, a.a.O., S. 113;
- Anm. 397** Mayntz, Soziologie, a.a.O., S. 113;
- Anm. 398** vgl. Mayntz, Soziologie, a.a.O., S. 115;
- Anm. 399** Möglicherweise waren hiermit "schwere" Verstöße gemeint, unter Berücksichtigung der Kölner Verhältnisse.
- Anm. 400** Fröhler/Kormann, a.a.O., § 53 Rdz 13 mit besonderem Hinweis auf die zutreffende Entscheidung des BVerwG vom 27.6.1974, GewA 1974, 333;
- Anm. 401** Fröhler/Kormann, a.a.O., § 53 Rdz 14;
- Anm. 402** vgl. dazu die Ausführungen bei Fröhler/Kormann, a.a.O., § 53 Rdz 18;
- Anm. 403** argumentum e contrario, § 34c Abs. 2 GewO;
- Anm. 404** Fröhler/Kormann, a.a.O., § 35 Rdz 58;

Fragenkatalog

1 Fragen an die Prüfer von Wohnungsunternehmen:

A Prüfungspflichtiger Personenkreis

Gem. § 16 Abs. 1 MaBV müssen sich Bauträger und Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO über die Einhaltung der §§ 2-14 MaBV prüfen lassen. Diese Prüfungspflicht wird in der Praxis sehr häufig umgangen.

Ziel der Arbeit ist es zu klären, ob der Treuhänder beim (Kölner) Bauherrenmodell, eine Bauherrengemeinschaft und ein Generalbauunternehmer als Bauträger oder Betreuer prüfungspflichtig sind. Von Bedeutung sind hier auch Konstruktionen, mittels derer die MaBV umgangen werden kann. Interessant wäre auch die Häufigkeit der jeweiligen Fallkonstellationen.

B Zum Prüfungsverfahren

Bei der Erteilung des Testates könnte es in dem Fall zu Schwierigkeiten kommen, wenn Verstöße gegen die MaBV festgestellt wurden. Vermag der Wirtschaftsprüfer seinen Mandanten zu einem ordnungsgemäßen Verhalten zu "erziehen"? Kann das Testat erteilt werden, wenn das Wohnungsunternehmen die zukünftige Einhaltung der Vorschriften verspricht?

Inwieweit ist die Stichprobenprüfung effizient? Hat das Testat Aussagekraft im Hinblick auf zeitgerechte und zweckgebundene Verwendung der Auftraggebergelder?

C Denkbare Rechtsverstöße

1. Nachdem Bauträger Gelder ihrer Auftraggeber gem. § 3 Abs. 2 MaBV baufortschrittsratenweise und gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 MaBV zweckgebunden verwenden müssen, stellt sich die Frage, ob und

in welcher Höhe der Bauträger zu einer Gewinnentnahme berechtigt ist.

2. Die Baufortschrittstermine des § 3 Abs. 2 MaBV lassen sich nicht eindeutig bestimmen. Wie bewältigt die Praxis dieses Problem?
3. Zu welchem Zeitpunkt findet die MaBV Anwendung?
4. Ist das "Erhalten der Vermögenswerte" des Auftraggebers durch das Wohnungsunternehmen kontrollierbar, bzw. welche Formen fallen unter das "Erhalten" und was umfaßt der Begriff "Vermögenswerte"?
5. Welche Probleme wirft der sog. steckengebliebene Bau auf?

2 Fragen an die zuständige Behörde:

1. Auf welchen Wegen wird der Geltungsbereich von § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a und b GewO und der MaBV umgangen?
2. Wieviel Bauträger und Baubetreuer i.S.d. § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO gibt es im Zuständigkeitsbereich Ihrer Behörde?
3. Welche Rechtsverstöße kommen wie oft pro Berichtsjahr vor?
4. Wie werden sie geahndet?
5. Wie oft wurden Bußgelder pro Jahr verhängt?
6. Wie hoch ist das Bußgeld für welchen Rechtsverstoß?
7. Erläßt die Behörde in allen Fällen sofort einen Bußgeldbescheid?
8. Ist einem Bauträger oder einem Baubetreuer bisher bereits die Erlaubnis nach § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO entzogen worden?
9. Sind bereits Gerichtsverfahren über Bußgeldbescheide bzw. Erlaubnisentzug anhängig gewesen?

